



NORGES HØYESTERETT

Den 3. april 2004 avsa Høyesterett dom i

HR-2004-00678-A, (sak nr. 2003/1062), sivil sak, anke,

Østfold Energi Produksjon AS

Hjelpeintervenienter:

Østfold fylkeskommune

Aremark kommune

Askim kommune

Eidsberg kommune

Halden kommune

Hobøl kommune

Marker kommune

Moss kommune

Rømskog kommune

Sarpsborg kommune

Skiptvet kommune

Spydeberg kommune

Våler kommune

(advokat Carsten Riekeles)

(rettslig medhjelper: advokat Erik Samuelsen)

mot

Fredrikstad kommune

Rakkestad kommune

Rygge kommune

Råde kommune

Trøgstad kommune

(advokat Øyvind Kraft – til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Rieber-Mohn**: Saken gjelder krav fra fem kommuner i Østfold om stedsevarig rett til uttak av kraft fra Borgund kraftverk til selvkostpris. Kraftverket eies i dag av Østfold Energi Produksjon AS, som er en rettsetterfølger til Østfold fylkeskommune, som i sin tid sikret seg fallrettigheter i Lærdal og sto for utbyggingen av disse. Borgund kraftverk kom i produksjon i 1974.

- (2) Før 1974 hadde verken Østfold fylkeskommune eller kommunene i Østfold egen kraftproduksjon. Flere kraftverk i Glomma tilhørte AS Hafslund, som allerede i 1914 fikk konsesjon til å legge en rekke kraftledninger fra sine kraftverk i fylket. Som vilkår for denne konsesjon ble bestemt at Hafslund for et tidsrom av 60 år var forpliktet til å levere kraft til Østfold fylkes landdistrikter. Disse vilkår er kalt "Smaalensoverenskomsten", som løp ut 3. april 1974. Fra 1931 ble – etter det opplyste – byene i Østfold tilsluttet overenskomsten.
- (3) Kraften fra Hafslund var hovedkraftkilden til Østfolds kommuner da fylket mot slutten av 1950-årene – i samarbeid med Hafslund – tok skritt for å sikre et fremtidig økende kraftbehov. Selv om kommuner i Østfold og en del andre østlandsfylker i 1956 hadde sikret seg andeler i kraftproduksjonen fra Tokke-utbyggingen i Telemark, som man fikk til disposisjon i begynnelsen av 1960-årene, ville kraftbehovet etter datidens prognoser være større enn tilgangen etter få år.
- (4) For å sikre den fremtidige kraftforsyningen i fylket, vedtok Østfold fylkesting 3. desember 1960 å erverve vannfallsrettigheter i Lærdalsvassdraget med sikte på senere utbygging. Forutsetningen var at utgiftene til ervervet skulle fordeles med 50 % på Hafslund og 50 % på fylket. Fylket hadde ikke egen kapital, og i vedtakets punkt 2 ble det fra fylkestinget forutsatt at utlegget ble dekket av de kommunale elektrisitetsverk etter en forholdsmessig fordeling.
- (5) Samtlige kommuner vedtok deretter å delta i finansieringen av fallrettighetene. Av konsesjonsrettslige grunner som jeg ikke finner grunn til å gå inn på, måtte Hafslund senere overføre sin halvdel av fallrettighetene til Østfold fylke, og innskuddet ble refundert. Fylket ble derfor stående som eier av rettighetene.
- (6) Den 7. oktober 1966 fikk fylket konsesjon til utbygging og kraftproduksjon i Lærdalsvassdraget. Den 1. mars 1967 sendte Østfold fylkesutvalg et brev til samtlige kommuner i fylket om utbygging og finansiering av Lærdals-prosjektet samt kommunenes medvirkning. I brevet ble det pekt på det forventede udekkede kraftbehov fra 1970 og utover, på det vanskelige lånemarkedet og behovet for en betydelig egenkapital. Deretter heter det i brevet:
- "Fylkesutvalget mener at det ikke er mulig å skaffe egenkapital over fylkets eller kommunenes ordinære budsjetter. En vil derfor være henvist til å legge på kraftprisen, og en antar at det vil bli nødvendig å øke denne med gjennomsnittlig 1,5 øre pr. KWH. levert elektrisitetsverk."**
- (7) Og videre skriver fylkesutvalget:
- "Fylkesutvalget har etter å ha vurdert saken kommet til at Lærdalsprosjektet, som fylkestinget allerede har besluttet utbygget, må fremmes så raskt som mulig selv om det vil føles som en tung belastning i de kommende 10-12 år. Etter som lånene blir nedbetalt vil en sitte med en betydelig og meget billig kraftkilde for all tid fremover, idet kapitalslitet i elektrisitetsforsyningen som kjent er meget lavt."**
- (8) Brevet endte med at kommunene innen en frist ble bedt om å ta stilling til om de ville delta i finansieringen med et tillegg i strømprisen som nevnt i brevet. Det ble samtidig pekt på at de kommuner som ikke ville delta, måtte påregne å stå tilbake for de deltakende

kommuner når det gjaldt leveranser av kraft fra Lærdal, og at det "for disse kommuner må avregnes en spesialpris for den Lærdalskraft som i tilfelle måtte bli levert".

- (9) I første omgang ga ikke kommunene noe samtykke til det foreslåtte opplegg. Dette hadde særlig sammenheng med at Østfold Elektrisitetsverkers Forenings styre frarådet fylkesutvalgets forslag til løsning av egenkapitalspørsmålet.
- (10) Den 23. november 1967 vedtok fylkestinget i sak 22/67 at "Østfold fylkesting og Østfold fylkesutvalg er høyeste bestemmende myndighet i saker vedrørende elektrisitetsutbyggingen i fylket, herunder bygging og drift av Lærdalsanlegget". I vedtaket ble videre bestemt i punktene 3 og 4:
 - "3. **Finansieringen av Lærdalsanlegget søkes fortrinnsvis løst ved lån. Den egenkapital som kreves, forutsettes skaffet av kommunene.**
 - 4. **På denne bakgrunn er fylkestinget av den oppfatning som et foreløpig tiltak snarest mulig å innkreve en avgift på 1 øre pr. kWh til dette formål. Fylkesutvalget bes om å ta denne sak opp med kommunene snarest."**
- (11) I brev av 4. desember 1967 fra fylkeskommunen til samtlige kommuner i Østfold ble punkt 3 og 4 i novembervedtaket referert med forespørsel om kommunene ville delta i finansieringen av Lærdals-prosjektet "ved å beregne et tillegg på 1.0 øre for kWh. for kraft som blir levert elektrisitetsverket fra 1. april 1968", det såkalte Lærdals-tillegget.
- (12) I de kommunale prosesser som behandlet forespørselen, ble det fra enkelte kommuner tatt forbehold om hvilke rettigheter og plikter som fulgte av deltakelsen, og de fleste kommuner tok dessuten forbehold om at lærdalstillegget i første omgang ble satt av uten å overføres til fylket.
- (13) Fylkestinget vedtok 14. juni 1968 (sak 8/68) å bygge ut lærdalsanlegget. Samtidig ble det besluttet å utrede spørsmålet om "kommunene skal få utstedt rentebærende gjeldsbrev for sine innskudd", det vil si til egenkapitalen, og "om de forskjellige kommuner skal sikres kraft i forhold til innskuddene". Tanken om å betrakte lærdalstillegget som et lån som skulle forrentes og avdras, ble forkastet på fylkesutvalgets møte 23. september 1968.
- (14) Fylkestinget fattet deretter 29. november 1968 (sak 17/68) dette vedtak:
 - "1. **Det er forutsetningen at kommunene skal ha krav på Lærdalskraft i samsvar med kommunenes innbetaling til finansieringen. Men som påvist foran kan saken måtte tas opp igjen senere, bl.a. i forbindelse med Smaalensoverenskomstens opphør.**
 - 2. **Det skal ikke betales renter og avdrag til kommunene for innbetalte Lærdalstilleggsmidler.**
 - 3. **Det henstilles til kommunene å innbetale det oppkrevde Lærdalstillegg. De nærmere regler om innbetalingen og plasseringen fastsettes av fylkesutvalget. Melding om fylkesutvalgets behandling av saken legges frem for det ekstraordinære fylkesting i 1969."**
- (15) Fylkesutvalget vedtok i møte 26. mars 1969 innbetalingstermin og forfallstid for lærdalstillegget. Kommunene overførte deretter tillegget med virkning fra 1. april 1968. Lærdalstillegget ble krevet opp i perioden 1. april 1968 til 1. juli 1974. Samlet innbetalt

beløp var 86,97 millioner kroner. I tillegg kom de tidligere innbetalte beløp til erverv av fallrettigheter og forberedende arbeid, i alt 4,82 millioner kroner.

- (16) Østfold fylkes nærings- og elektrisitetskomité henvendte seg 27. juni 1969 til fylkesutvalget i Østfold og påpekte blant annet at fylket innen utløpet av Smaalensoverenskomsten 3. april 1974 måtte ta stilling til hvilket organ Østfold fylke skulle ha til å administrere kraftforsyningen etter 1974. Fylkesverk eller interkommunalt verk var alternativer som ble nevnt i henvendelsen.
- (17) Den 27. april 1972 anbefalte Østfold fylkes elektrisitetsstyre at elektrisitetsforsyningen i fylket skulle organiseres som et fylkesverk med fylkestinget som øverste myndighet.
- (18) Følgende vedtak ble foreslått:
 - "1. **Elektrisitetsforsyningen i Østfold organiseres som et fylkesverk med et styre på 5 medlemmer valgt av fylkestinget, og med fylkesting og fylkesutvalg som høyeste bestemmende myndighet i saker vedrørende elektrisitetsforsyningen i fylket.**
 - 2. **Fylkesverket administrerer Borgund kraftverk og inngår avtale med A/S Hafslund og andre leverandører om engrosleveranser til kommunens fordelingsverk i fylket. Fylkesverket utreder og fremlegger forslag for fylkesutvalget om deltakelse i kraftutbygging (vannkraft, varmekraft, atomkraft). Det forutsettes at det benyttes samme pris til kommunenes fordelingsverk ved avregning av kraften. Fordelingsverkene forestår detaljdistribusjonen, teknisk og økonomisk."**
- (19) Den 6. juni 1972 (sak 16/72) traff Østfold fylkesting vedtak om at en sluttet seg "i prinsippet til elektrisitetsstyrets forslag".
- (20) Fylkesmannen i Østfold henvendte seg 27. november 1972 til kommunene med spørsmål om de sluttet seg til fylkestingets vedtak av 6. juni. Spørsmålet var formulert i to punkter: 1) om Østfold fylke gis "fullmakt til å forhandle og å inngå avtaler om engros-leveranser og priser for kraft på vegne av kommunen", og 2) om fylket gis "fullmakt til å benytte ens tariff for kraft levert på avtalte målesteder ved avregningen til de enkelte kommunale verk, dog med korreksjon for levert Tokke-kraft i samsvar med vedkommende kommunes eierandel i Tokke".
- (21) I forbindelse med kommunenes behandling av henvendelsen hadde Østfoldbyenes samarbeidskomité anbefalt at unntaket for Tokke-kraften også skulle omfatte kraft fra Borgund, jf. fylkestingssak 17/68. Fredrikstad, Moss og Halden traff vedtak i samsvar med denne anbefalingen, mens de øvrige kommuner vedtok å gi "fullmakter" som i fylkesmannens forslag.
- (22) Som en direkte oppfølging av fylkestingets vedtak i sak 16/72 ble i 1974 den fylkeskommunale bedriften Østfold Kraftforsyning etablert, og denne overtok fra 1. juli 1974 engrosansvaret for Østfold fylke.
- (23) I 1974 ble det inngått "elverkskontrakt" mellom Østfold Kraftforsyning og de enkelte kommuner i Østfold. Under forberedelsen av kontraktsinngåelsene frafalt de tre byene Borgund-forbeholdet. Elverkskontraktene var meget omfattende avtaler, som regulerte hele mellomværendet mellom fylkeskommunen og kommunene på kraftforsyningens

område. De hadde en løpetid på 30 år og innebar at Østfold Kraftforsyning fikk plikt til å levere den kraft som de lokale elektrisitetsverkene hadde behov for, og disse fikk plikt til å motta kraften til den pris fylkestinget til enhver tid fastsatte. Tokke-kraften skulle avregnes særskilt.

- (24) I 1987 inngikk Østfold fylkeskommune og alle kommunene i Østfold en intensjonsavtale om hovedmål og rammer for dannelsen av et interkommunalt vertikalt integrert energiverk i Østfold fylke, det vil si et verk som både har egen kraftproduksjon og sørger for omsetning og distribusjon av kraft helt frem til forbruker.
- (25) Den 19. mai 1988 ble Østfold Energiverk AS stiftet med Østfold fylkeskommune og samtlige kommuner i Østfold som aksjonærer. Ansvar for energiforsyningen i Østfold ble overført til det nye selskapet. Etter aksjonæravtalens punkt 2 hadde stifterne innen 1. januar 1993 rett til å gå inn i selskapet med aktiva og passiva – i praksis fortrinnsvis de kommunale elektrisitetsverk. Etter aksjonæravtalens punkt 8 forpliktet Østfold fylkeskommune seg til å overføre til det nye selskapet alle rettigheter og plikter, aktiva og passiva, som ble forvaltet av Østfold Kraftforsyning. Borgund kraftverk ble derved overdratt til Østfold Energiverk AS. Etter punkt 3 i avtalen ville de kommuner som ikke fant grunn til å gå inn med sine verk, bli forpliktet til å overdra sine aksjer til Østfold fylkeskommune. Med unntak av ankemotpartene gikk alle kommuner i Østfold inn i det nye selskapet.
- (26) Etter dereguleringen av kraftmarkedet da energiloven trådte i kraft 1. januar 1991, tok de kommuner som er ankemotparter i denne sak, på ulike måter opp spørsmålet om revisjon av elverkskontraktene, som i 1992 var blitt tapsbringende i forhold til markedsprisen på kraften. I styremøte 10. mai 1994 vedtok Østfold Energiverk A.S. å "akseptere" at elverkskontraktene med de fem kommunene var falt bort fra og med 30. september 1994. Av de fem kommunene var det bare Fredrikstad som bestred denne termineringen av kontrakten, og det kom til tvist, jf. dom i Rt. 1998 side 1683 og fortsettelsessak med dom i Rt. 2000 side 632. I sistnevnte sak ble det slått fast at elverkskontrakten måtte forstås slik at prisfastsettelsen i denne skulle baseres på en selvkostberegning. I dommen ble videre lagt til grunn at elverkskontrakten var bortfalt fra 1. juli 1999, fordi Fredrikstad Energiverk AS hadde solgt sin kundeportefølje fra dette tidspunkt.
- (27) De rettigheter og forpliktelser som Østfold Energiverk AS hadde overtatt fra Østfold Kraftforsyning, er senere overdratt til Østfold Energi Produksjon AS, som er et heleiet datterselskap av Østfold Energi AS, som på sin side svarer til det tidligere Østfold Energiverk AS.
- (28) De fem kommuner som valgte å gå ut av Østfold Energi AS, satte 18. oktober 1999 frem krav mot Østfold fylkeskommune, Østfold Energi AS og Østfold Energi Produksjon AS om uttak av elektrisk kraft fra Borgund kraftverk til selvkost. Det ble krevet uttatt en andel av hele kraftproduksjonen i kraftverket "tilsvarende kommunens innbetalinger til finansieringen av utbyggingen".
- (29) Kravet ble ikke tatt til følge, og de fem gikk til søksmål. For saksøkte Østfold Energi Produksjon AS erklærte Østfold fylkeskommune og de kommuner som er medeiere i Østfold Energi AS, hjelpeintervensjon.
- (30) Sarpsborg tingrett avsa 10. juni 2002 dom med slik domsslutning:

"1. Saksøkte frifinnes.

2. Fredrikstad, Rakkestad, Rygge, Råde og Trøgstad kommuner dømmes til å betale sakens omkostninger til Østfold Energi Produksjon AS med kr 732.344,- syvhundreogtrettitotusentrehundreogførtifire 00/100 med tillegg av 12% forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer."

(31) Tingretten kom til at kommunene ikke var blitt gitt en rett til kraft til selvkost til evig tid, og la særlig vekt på at ingen kommuner tok noe forbehold for kraften fra Borgund da de inngikk elverkskontrakten, men overlot helt og holdent til fylkestinget å fastsette kraftprisen.

(32) De fem kommunene anket dommen til lagmannsretten. Borgarting lagmannsrett avsa 23. juni 2003 dom med slik domsslutning:

"1. Østfold Energi Produksjon AS er fra 1. desember 1999 forpliktet til å levere elektrisk kraft fra Borgund kraftverk til Fredrikstad kommune, Rakkestad kommune, Rygge kommune, Råde kommune og Trøgstad kommune til en selvkostpris.

Kraftkvantumet til hver av kommunene skal tilsvare en forholdsmessig andel av totalproduksjonen i kraftverket, etter at det er gjort fradrag for pliktige konsesjonskraftleveranser, tilsvarende hver enkelt kommunes andel av innbetalingene til egenfinansieringen av kraftverket.

2. Østfold Energi Produksjon AS dømmes til å erstatte Fredrikstad, Rakkestad, Rygge, Råde og Trøgstad kommuners omkostninger for lagmannsretten med 907 563 – nihundreogsyvtusenfemhundreogsekstite – kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall til betaling skjer.

3. Østfold Energi Produksjon AS dømmes til å erstatte Fredrikstad, Rakkestad, Rygge, Råde og Trøgstad kommuners omkostninger for tingretten med 1 056 083 – enmillionogfemtisekstusenogåttite – kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall til betaling skjer.

4. Saksomkostningene nevnt i post 2 og 3 forfaller til betaling 2 – to – uker etter forkynnelse av lagmannsrettens dom."

(33) Lagmannsretten la til grunn at fylkeskommunen først og fremst var et samarbeidsinstrument for kommunene ved ervervet av fallrettighetene i Lærdal og senere under utbyggingssaken. Det primære var å sikre kommunenes tilgang på kraft til selvkost som gjenytelse for investeringen. Det var ikke meningen at fylkeskommunen skulle ha noen rettigheter som sådan. Forbeholdet i punkt 1 i fylkestingets vedtak i sak 17/68 var ikke noe avkall på kommunenes andel av rimelig lærdalskraft, og heller ikke inngåelsen av elverkskontraktene eller opprettelsen av Østfold Energiverk AS kan forstås slik.

(34) Dommen er av Østfold Energi Produksjon AS anket til Høyesterett. Hjelpeintervenientene er de samme som under sakens tidligere behandling. Anken gjelder lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse. For Høyesterett er fremlagt en rekke nye dokumenter og to skriftlige erklæringer, henholdsvis fra en tidligere advokat for Østfold fylkeskommune gjennom det vesentligste av den tidsperiode saken gjelder, og fra tidligere fylkestingspolitiker og styreleder i Østfold kraftforsyning og Østfold Energi AS. Dessuten har den ankende part frafalt en subsidiær anførsel om at en eventuell uttaksrett

er bortfalt som følge av klanderverdig passivitet fra ankemotpartenes side. Saken står for øvrig i det vesentlige i samme stilling som for de tidligere instanser.

- (35) Ankende part – Østfold Energi Produksjon AS – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (36) Det foreligger ingen formell undertegnet avtale som sikrer ankemotpartene særrettigheter til Borgund kraftverk. Det har formodningen mot seg at noe så ekstraordinært som uttaksrett til selvkost til evig tid ikke er nedfelt i noe dokument. Ankemotpartenes hovedsynspunkt – at avtalen er blitt til etter hvert gjennom "tilbud" og "aksepter" – bygger på et forfeilet rettslig synspunkt og er uten grunnlag i realiteter. Vi står her overfor en avtalekonstruksjon.
- (37) I lagmannsrettens dom blir selve utgangspunktet forfeilet. Retten har tillagt fylkeskommunen som eget rettssubjekt liten eller ingen selvstendig betydning og har i stor grad identifisert fylkeskommunen rettslig med primærkommunene. Derved overses at det tradisjonelt har vært en fylkeskommunal oppgave å sørge for en tilfredsstillende kraftforsyning i fylket. Det er ingen tvil om at fylkeskommunen ble eier av fallrettighetene i Lærdal og senere av Borgund kraftstasjon.
- (38) Innenfor det selvkostregime som norsk kraftforsyning bygget på frem til 1991, da forsyningen var en offentlig oppgave innenfor distriktsvise forsyningsmonopoler, var lærdalskraften øremerket for kommunene i Østfold. Det var ikke nødvendig med noen avtale for å sikre kommunene tilgang til denne kraften. Interessen til strøma abonnentene var derved ivaretatt allerede ved måten kraftforsyningen var organisert på. De faktiske og berettigede forventningene i kommunene om å bli tilført lærdalskraft til selvkostpris nyter ingen avtalerettslig beskyttelse. Det er denne sammenblanding av faktiske forventninger og rettslig funderte krav som blir den store feilen fra ankemotpartenes side.
- (39) Disse misforstår også fylkestingets vedtak i sak 17/68. Dette vedtaket sier intet om pris, og det dreier seg ikke om å gi kommunene rettslig krav på lærdalskraft. Kraften var allerede sikret kommunene. Vedtaket dreier seg om den interne fordeling av kraften mellom kommunene, noe som primært ville ha betydning i en knapphetssituasjon. I nær sammenheng med første punktum i vedtaket står annet punktum, som inneholder et forbehold om hvor langt forutsetningen i første punktum vil kunne rekke. Det dreier seg om noe langt mer enn en uforpliktende reforhandlingsklausul.
- (40) Denne forståelse av forholdet mellom partene og av vedtaket i sak 17/68 bekreftes også ved den etterfølgende utvikling – opprettelse av Østfold kraftforsyning og prosessen frem mot elverkskontraktene og undertegningen av disse. Ved disse kontrakter ble forbeholdet i vedtaket i sak 17/68 realisert, og kommunenes krav på lærdalskraft i samsvar med innbetalingene falt bort.
- (41) Dersom Høyesterett mot formodning skulle komme til at det var inngått en bindende avtale om stedsevarig rett for kommunene til uttak av lærdalskraft, må denne avtale anses opphørt ved den etterfølgende utvikling. Etableringen av fylkesverket i 1972 og den påfølgende, forbeholdsløse undertegning av elverkskontraktene kan ikke forenes med det syn ankemotpartene har på det avtalerettslige forhold. Eventuelle rettigheter til borgundkraft måtte kommunene tatt forbehold om da elverkskontraktene ble inngått i 1973/74.

- (42) Uansett måtte en avtale anses opphørt ved opprettelsen av Østfold Energiverk AS i 1988 og av aksjonæravtalen i den forbindelse. Da verdiene i Østfold kraftforsyning og i kommunenes elektrisitetsverker ble ført sammen i det nye selskap, verdsatt til 25 % på fylket og 75 % på kommunene, burde iallfall klokken ha ringt for de kommuner som mente å ha særrettigheter til uttak av lærdalskraft. Heller ikke ved denne anledning ble det tatt noen forbehold.
- (43) Ytterligere subsidiært anføres at en eventuell avtale må ha forutsatt at det var strømaabonnentenes – innbyggernes – interesser som skulle sikres. Når denne forutsetning brister fordi ankemotpartene har solgt seg ut av omsetningsvirksomhet og er uten strømkunder, må avtalen anses opphørt på dette grunnlag.
- (44) Under enhver omstendighet bestrides at kommunene har rett til en forholdsmessig andel av hele kraftproduksjonen ved Borgund. Uttaksretten kan ikke gjelde annet enn innenfor den andel på 19,6 % som den innbetalte egenkapital utgjorde av totalomkostningene ved utbyggingen. Ankemotpartenes andel innenfor denne ramme er 34,9 %, som tilsvarer 6,8 % av de totale anleggsomkostninger. Følgelig kan en uttaksrett bare gjelde 6,8 % av produksjonen i Borgund kraftverk. Dette er også i harmoni med ordlyden i første punktum i fylkestingets vedtak i sak 17/68.
- (45) Ankende part har lagt ned slik påstand:
- "1. **Sarpsborg tingretts dom stadfestes, dog slik at forsinkelsesrente for de tilkjente saksomkostninger fra 1 januar 2004 utgjør 9,25 % p.a.**
 2. **Fredrikstad kommune, Rakkestad kommune, Rygge kommune, Råde kommune og Trøgstad kommune dømmes til å betale Østfold Energi Produksjon AS sakens omkostninger for lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av 9,25 % p.a. forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer."**
- (46) Ankemotpartene – Fredrikstad, Rakkestad, Rygge, Råde og Trøgstad kommuner – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (47) Det er inngått avtale mellom partene som forplikter fylkeskommunen til stedsevarig å levere kraft til kommunene i samsvar med deres innbetalinger av egenkapitalen til finansieringen av kraftverket. At innbetalingene medførte rettslige forpliktelser, fremgår allerede av det offer østfoldkommunene brakte, og som innebar 6 års til dels betydelige økninger i strømprisene og et totalt lærdalstillegg på ca. 1/2 milliard i dagens kroneverdi. Kommunene gjorde ikke dette uten å sikre seg rettslige gjenytelser. Det må for eksempel være klart at fylkeskommunen ikke stod rettslig fritt til å selge Borgund kraftverk etter utbyggingen og beholde kjøpesummen.
- (48) Spørsmålet om bindende avtale er inngått, beror først og fremst på en rettslig bedømmelse av det som er passert mellom partene. For å konstatere at bindende avtale er inngått, må det foretas en helhetsvurdering av de forskjellige vedtak som er truffet i kommunene og i fylket, og vurdere disse opp mot de utredninger og prosesser som ligger foran vedtakene. Her har lagmannsretten valgt en riktig fremgangsmåte. Avtalens innhold beror som vanlig på tolkning og utfylling.
- (49) Det er ingen tvil om at fylkeskommunen allerede da fallrettighetene ble ervervet, var et selvstendig rettssubjekt som ble eier av disse og senere av kraftverket. Men

fylkeskommunen var ingen forretningsmessig motpart til kommunene den gangen – den var kommunenes felles samarbeidsorgan, også betegnet som "kommunenes kommune". Fylkeskommunen som sådan hadde ingen egeninteresse i kraftproduksjon på 1960-tallet. Målet for fylkets arbeid med kraftforsyningen var tilstrekkelig kraft til lavest mulig pris.

- (50) Før ervervet av fallrettighetene forutsatte fylket at kommunene skulle betale kjøpesummen, og da fylkesmannen ba om at saken ble behandlet i kommunestyrene, var det rettslig sett et tilbud om deltagelse i lærdalsprosjektet. Akseptene kom ved kommunestyrenes vedtak om å delta. Dette er første fragment i en avtale om uttaksrett.
- (51) Utbyggingen starter med henvendelsen fra fylkesutvalget til kommunene i 1967, der de forespørres om å bidra med nødvendig egenkapital ved å legge på strømprisen, mot å få en betydelig og meget billig kraftkilde for all tid fremover. Dette indikerer stedsevarighet og selvkost, og brevet er et fragment av fylkets tilbud slik det senere avgis av fylkestinget. Deretter fulgte en langvarig prosess der spørsmålet om kommunenes rettigheter og plikter var sentralt fremme.
- (52) Ett nytt fragment i tilbudet kom senere i 1967 da kommunene av fylkeskommunen ble spurt om de ville delta i finansieringen med lærdalstillegget på 1 øre/kWh for kraft levert til elektrisitetsverkene. Kommunene vedtok å sette av, men ikke overføre, midler og ga derved betingede aksepter.
- (53) Fylkestingets vedtak i sak 17/68 medførte at kommunene fikk et endelig tilbud om å delta i utbyggingen mot å bli sikret stedsevarig rett til kraft til selvkost i samsvar med sine innbetalinger av egenkapitalen. Da kommunene vedtok å betale inn lærdalstillegget, var avtalen i havn. Deretter ble hele egenkapitalen innbetalt. Det er ingen formelt undertegnet avtale, men det var unødvendig.
- (54) Innholdet i vedtaket i sak 17/68 var at kommunene skulle ha reelle rettigheter, og forutsetningen var at hele kraftproduksjonen skulle fordeles blant kommunene. Fylkeskommunen hadde ingen behov for kraften. Og forutsetningen var at kommunene skulle betale hva det kostet å produsere kraften ved Borgund – den individuelle selvkost.
- (55) Forbeholdet i vedtaket i sak 17/68 er kun en reforhandlingsklausul og gir ikke fylkestinget en ensidig rett til å endre inngått avtale.
- (56) Det er intet i den etterfølgende utvikling som tilsier at kommunene har oppgitt noen rettigheter, eller at disse av andre grunner må anses opphørt.
- (57) Under forberedelsen av elverkskontraktene tok fylkeskommunen blant annet opp med kommunene spørsmålet om å fastsette ens priser på ulike kraftkilder, derunder borgundkraft. Forespørselen viste at fylket var klar over kommunenes spesielle rettigheter. Da kommunene ga "fullmakt" til å inngå engros-avtaler og fastsette ens priser, var det klart at selvkostprisen til Borgund inngikk i fellesprisen. Fullmakten innebar ikke avgivelse av rettigheter og kunne i prinsippet trekkes tilbake når som helst.
- (58) Inngåelsen av elverkskontrakten innebar bare at retten til en særlig avregning av borgundkraft ble satt til side så lenge kontrakten gjaldt.

- (59) Da Østfold Energiverk AS ble etablert i 1988, ble fylkeskommunens hvilende forpliktelser til å levere separat borgundkraft til selvkost overført til det nye selskapet.
- (60) Da elverkskontrakten falt bort – i 1994 for ankemotpartene bortsett fra Fredrikstad, og i 1999 for Fredrikstad, jf. Rt. 2000 side 632 – ble uttaksretten og retten til særskilt avregning av borgundkraft gjenopplivet.
- (61) Ankemotpartene har lagt ned slik påstand:
- "1. Lagmannsrettens dom stadfestes, dog slik at domsslutningens pkt. 2 endres slik at omkostningsbeløpet settes til kr. 942.331,-.
 2. Østfold Energi Produksjon AS dømmes til å betale saksomkostninger for Høyesterett til Fredrikstad, Rakkestad, Rygge, Råde og Trøgstad kommuner, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall til betaling skjer."
- (62) Jeg er kommet til et annet resultat enn lagmannsretten.
- (63) Jeg nevner innledningsvis at jeg er enig med lagmannsretten i at det mellom partene ble inngått en bindende avtale om en rett til uttak av kraft fra Borgund til selvkostpris, men denne avtale er etter min mening falt bort ved den etterfølgende utvikling. Dette kommer jeg tilbake til. Jeg behandler først avtaleinngåelsen.
- (64) Jeg er enig med ankemotpartene i at vi mellom partene i denne sak står overfor en avtale som ble til etter hvert, og hvor avtaleslutningen består i en rekke korresponderende vedtak i henholdsvis fylkeskommunen og kommunene, som må anses som tilbud og aksepter i avtalerettslig forstand. Avgjørende er det vedtak som ble truffet i fylkestinget i sak 17/68, og de etterfølgende vedtak i kommunene som gav tilslutning til opplegget i dette fylkestingsvedtaket. Jeg kommer tilbake til dette vedtaket.
- (65) For å forstå den spesielle avtalemekanismen som vi står overfor i saken, og som ikke har ledet frem til noe undertegnet avtaledokument, synes det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i at man har å gjøre med to offentlige organer som i den aktuelle periode hadde nære forbindelser og felles interesser.
- (66) Fylkeskommunen ble etablert som en "kommunenenes kommune", og som det videre heter i Bernt/Overå og Hove, Kommunalrett 4. utgave side 41: "... målsettingen var ikke først og fremst å skape et regionalt selvstyre i fylkene, men å etablere et *samarbeidsorgan* som gjorde det mulig å beholde den lokale kontroll over oppgaver som var for store for hver enkelt kommune". Denne rolle understrekes ved at de enkelte kommuners ordførere utgjorde fylkestinget frem til fylkeskommuneloven av 1961 innførte den ordning at representantene ble utpekt av kommunestyrene i fylket. Først fra 1975 ble det innført direkte valg til fylkestinget.
- (67) En av de sentrale oppgaver som ble ansett for å være for stor for den enkelte kommune, var å planlegge og sørge for en tilfredsstillende kraftforsyning til enhver tid. Også på slutten av 1950-tallet ble dette sett på som en fylkeskommunal oppgave.

- (68) Selv om det den gang var disse nære relasjoner mellom kommunene og fylkeskommunen, er det ingen tvil om at sistnevnte var et selvstendig rettssubjekt, som også ble eier av fallrettighetene i Lærdal i 1960 og av Borgund kraftverk da vassdraget var utbygget. Dette er partene enige om. Tvisten dreier seg om hvorvidt ankemotpartene bare hadde faktiske og for så vidt vel begrunnede forventninger om en forholdsmessig andel kraft til selvkost fra Borgund, eller om de også hadde et rettslig fundert krav på uttak som påstått.
- (69) Det kan ikke være tvilsomt at kommunene hadde grunn til faktisk å forvente kraft fra Borgund i uoverskuelig fremtid og til selvkost pris. Forventningene var reelle allerede ved ervervet av fallrettighetene i 1960. Fylkestinget handlet i realiteten på vegne av kommunene og hadde ikke selv noe behov for kraft. All kraft skulle gå til kommunenes fordelingsverk og derfra til abonnentene, som var den egentlige målgruppen. Kommunene hadde monopol på levering av kraft innenfor sine forsyningsområder, og det må antas å ha fulgt av denne monopolstilling at de også hadde plikt til å sørge for oppdekning i disse områder. Senere ble oppdeckningsplikten tatt inn i vilkårene for de områdekonsesjoner som ble gitt. Og verken ved ervervet av fallrettighetene eller ved den senere utbygging var det noen tvil om at kraften skulle leveres til selvkost. Hvilke elementer selvkostbegrepet besto av, har ikke saken brakt nevneverdige opplysninger om, og jeg går ikke nærmere inn på det. Det er nok å fastslå at det den gang var et enerådende selvkostregime i kraftutbyggingen.
- (70) Jeg er ikke enig med den ankende part i at kommunenes forhold til borgundkraften begrenset seg til de faktiske forventninger som fulgte av kraftforsyningsens organisering og selvkostregimet, og at manglende skriftlig avtale kan forklares på denne bakgrunn. Jeg ser det som nevnt slik at i perioden fra ervervet av fallrettighetene og til utbygging av disse, bygges det opp en rett for ankemotpartene til uttak av borgundkraft til selvkost. Denne rettsposisjon er nær knyttet til den vedtaksprosess som jeg har redegjort for innledningsvis, og som førte til at kommunene bidro med avgjørende kapital.
- (71) Denne vedtaksprosess karakteriseres av at fylkeskommunen – ut fra sin rolle – tok det første initiativ til å utrede kraftprognoser, og hvordan fylket og kommunenes innbyggere skulle sikres kraft i fremtiden. Allerede før ervervet av fallrettighetene ble det antydnet at lærdalskraften kunne bli dyr i første omgang, men slik at den likevel "antas å bli konkurransedyktig på noe lengere sikt", jf. fylkestingssak nr. 33/1960 side 291. Enda tydeligere uttrykkes den samme realitet i fylkesutvalgets brev av 1. mars 1967 til kommunene om blant annet kommunenes medvirkning til finansiering av utbyggingen.:
- "Etter som lånene blir nedbetalt vil en sitte med en betydelig og meget billig kraftkilde for all tid fremover"**
- (72) Foranlediget av ankende parts prosedyre, bemerker jeg at uttrykket "en" i denne og lignende uttalelser, klarligvis ikke kan bety fylkeskommunen som sådan, men må ta sikte på fylkets innbyggere eller kanskje mest nærliggende kommunene, som hadde oppdeckningsplikt, og som skulle overbevises om fordelene ved å delta i finansieringen.
- (73) Vedtaksprosessen kjennetegnes videre av at fylkestinget vedtar erverv eller utbygging under en forutsetning om at kommunene gir sin tilslutning til den finansiering som er nødvendig. Deretter starter vedtaksprosessen i kommunene. Jeg viser her til den utvikling av saken og de enkelte vedtak som jeg tidligere har beskrevet. Jeg har ikke vansker med å se denne prosess som en gradvis oppbygging av en avtale slik ankemotpartene har fremholdt, og jeg er enig i at ervervet av fallrettighetene med kommunenes bistand til

finansieringen er det første element i den endelige avtale om forholdsmessig uttaksrett til selvkost.

- (74) Sluttstenen i avtalen er fylkestingets vedtak i sak 17/68 og oppfølgingen av dette med kommunenes aksept av vedtaket og dets forutsetninger. Dette vedtaket er av sentral betydning i avtaleslutningen. Før jeg omtaler det nærmere, nevner jeg at det både før vedtaket og under oppfølgingen av dette, i fylkestingets forhandlinger og under kommunenes saksbehandling, finnes uttalelser som uttrykker ønske om utredning og klarlegging av kommunenes rettigheter og forpliktelser i forbindelse med lærdalsutbyggingen. Dette viser at spørsmålet om rettsstillingen til kommunene var oppe i ulike sammenhenger, men har ellers ikke noen betydning for mitt syn.

- (75) Første setning i punkt 1 i fylkestingets vedtak av 29. november 1968 i sak 17/68 lyder slik:

"Det er forutsetningen at kommunene skal ha krav på Lærdalskraft i samsvar med kommunenes innbetaling til finansieringen."

- (76) Dette vedtak kan etter min mening ikke med rimelighet forstås som annet enn en beskrivelse av kommunenes rettsposisjon i forhold til lærdalskraften. Uttrykkene "forutsetningen" og "skal ha krav på" må i denne sammenheng forstås som rettslige termer. Det ga ingen mening rent faktisk å fastslå at kommunene ville få lærdalskraft etter en forholdsmessig andel. Fylkeskommunen hadde jo ikke som sådan behov for kraften, og kommunene hadde oppdeckningsplikt.

- (77) Den ankende part har anført at realiteten i det siterte ligger i siste del av setningen. Meningen var utelukkende å fastslå den innbyrdes fordeling mellom kommunene av den kraft som de rent faktisk ville få levert i en situasjon med kraftmangel. Jeg kan ikke forstå vedtaket slik. Den siterte setning i vedtaket må sees i sammenheng med det forberedende fylkestingsvedtak av 14. juni 1968 i sak 8/68, der det blant annet ble fastslått:

"Det bør også utredes om de forskjellige kommuner skal sikres kraft i forhold til innskuddene."

- (78) Når det her brukes formuleringen "sikres kraft", og i det endelige vedtaket "ha krav på", kan det vanskelig tolkes som annet enn en beskrivelse av kommunenes rettsstilling. Og det er vanskelig å tenke seg at den nevnte utredning skulle dreie seg om fordeling av kraft i en knapphetssituasjon. I slike situasjoner er det for øvrig forpliktelser og rettigheter det kommer an på – derfor også uttrykket "sikres kraft".

- (79) Vedtaket inneholder intet om pris på kraften. Det var heller ikke nødvendig under det daværende selvkostregime. Noe alternativ til selvkost forelå ikke – det var en selvsagt forutsetning.

- (80) Vedtaket inneholdt heller ikke noe direkte om uttaksrettens varighet. Men som tidligere påvist forelå det uttalelser fra fylkets side i forbindelse med at kommunene ble bedt om å delta i finansieringen – om at de i en uoverskuelig fremtid ville være sikret en billig kraftkilde. Det kan derfor anføres å være forutsatt i vedtaket en stedsevarig uttaksrett. Men her øver vedtakets ordlyd motstand ved det såkalte smaalensforbeholdet i punkt 1 annen setning, som jeg kommer tilbake til. Jeg er likevel enig med ankemotpartene så langt som at dette vedtaket kan anses som det avgjørende tilbud til kommunene om en

uttaksrett til lærdalskraft på ubestemt tid til selvkost. Og ved den etterfølgende kommunale vedtaksprosess, der alle kommuner etter hvert ga sin tilslutning til vedtaket i sak 17/68, var den endelige og bindende avtalen et faktum.

- (81) Jeg går så over til spørsmålet om den etterfølgende utvikling har ført til at avtalen må anses bortfalt. Jeg ser først på hva som ligger i smaalenforbeholdet. I fylkestingets vedtak av 29. november 1968 punkt 1 lyder annen setning – i direkte fortsettelse av første setning om uttaksrett i samsvar med innbetalingene – således:

"Men som påvist foran kan saken måtte tas opp igjen senere, bl.a. i forbindelse med Smaalensoverenskomstens opphør."

- (82) Det er enighet mellom partene at ordene "som påvist foran" henspiller på en uttalelse fra Østfold fylkes elektrisitetsstyre som lå til grunn for vedtaket i sak 17/68. Det var elektrisitetsstyrets forslag til vedtak som likelydende fikk tilslutning i fylkestinget. Det synes også å være enighet om at det er avsnittet om "Utviklingstendenser i tiden frem til 1985" i elektrisitetsstyrets uttalelse som det vises til. Her omtalte styret situasjonen når Smaalensoverenskomsten opphører, og behovet for et fylkesverk som forestår disponeringen av all den kraft fylket på den tid produserer, og dessuten forhandler om og oppretter kontrakter om "all den kraft som skal tilføres elverkene i fylket". Elektrisitetsstyret antok også at fylkesverket må "avregne ens pris til alle kraftverk i fylket". Det ble dessuten pekt på at fylkesverket i fremtiden måtte hente inn kraft fra forskjellige kilder, og at det var "avgjørende for økonomien at de forskjellige kategorier kraft brukes i de riktige mengder og til de riktige tider". Videre uttalte styret at det i en slik situasjon vil "måtte gå ut over økonomien om de enkelte kommuner skal ha rett til å ta ut bestemte mengder Lærdalskraft til enhver tid".

- (83) Jeg er enig med ankemotpartene i at smaalenforbeholdet egentlig er en reforhandlingsklausul. Det innebar – slik jeg leser punkt 1 i vedtaket i sak 17/68 – at partene måtte være forberedt på allerede i forbindelse med Smaalensoverenskomstens opphør å forhandle seg frem til avtaler som kunne komme i strid med det som fulgte av vedtakets punkt 1 første setning om uttaksretten, jf. at annen setning innledes med ordet "Men". Dette underbygges også av hva jeg har gjengitt fra elektrisitetsstyrets uttalelse, som forbeholdet viser til. De betraktninger som fremkommer der, peker etter min mening fremover mot elverkskontraktene og kan sees som tidlige forarbeider til disse. Derved adviserte vedtaket i sak 17/68 at uttaksretten i punkt 1 første setning kunne få et annet innhold og en annen regulering relativt kort tid inn i fremtiden.

- (84) Disse premisser for fylkestingets vedtak i sak 17/68 var kommunene fullt innforstått med i den etterfølgende saksbehandling der vedtaket ble gitt tilslutning. Den videre oppfølging av de anbefalinger som kom til uttrykk i elektrisitetsstyrets uttalelse, fant sted ved fylkestingets behandling av sak 16/72. Vedtaket 6. juni 1972, som jeg tidligere har gjengitt, innebar opprettelse av et fylkesverk som blant annet skulle administrere Borgund kraftverk, og som forutsetningsvis skulle benytte "samme pris til kommunenes fordelingsverk ved avregning av kraften".

- (85) Da fylkesmannen deretter forela fylkestingets vedtak i sak 16/72 for kommunene, var etter min mening de forhandlinger i gang som reforhandlingsklausulen (smaalenforbeholdet) i sak 17/68 forutsatte. Dette må også kommunene ha vært klar over. Eksempelvis gjengir jeg følgende fra en innstilling til formannskapet i Sarpsborg avgitt av rådmannen:

"Østfoldbyenes samarbeidskomite behandlet saken i møte 26. januar 1973. Komiteen ga sin tilslutning til fylkesmannens forslag, men fant også å måtte vise til fylkestingssak 17/1968. Som nevnt av elverksjefen i hans vedlagte innstilling av 31. januar 1973, er det i denne sak opplyst at Østfold fylkes elektrisitetsstyre har forutsatt at kommunene skal ha krav om Lærdalskraft i samsvar med kommunenes innbetaling til finansiering, men elektrisitetsstyret tar samtidig forbehold om at dette spørsmål kan tas opp igjen, bl.a. i forbindelse med Smaalensoverenskomstens opphør. Etter min oppfatning må det være riktig at vi nå kommer fram til slik ordning at det bare er Tokke-kraften som skal særbehandles og at det for alle de øvrige kraft-kategorier som kan komme på tale beregnes en gjennomsnittsavgift til samtlige fordelingsverk i fylket."

- (86) Noen få kommuner ønsket i en viss fase å ta forbehold for borgundkraften, slik at den kunne avregnes særskilt for kommunenes andel på samme måte som Tokke-kraften. Men disse forbehold ble som tidligere nevnt frafalt under forhandlingenes gang.
- (87) Etter dette ble elverkskontrakten inngått mellom fylket ved Østfold kraftforsyning og de kommunale fordelingsverk. Jeg ser elverkskontraktene som sluttsteinen i den videre prosess som var forutsatt i fylkestingsvedtak i sak 17/68 gjennom smaalensoverbeholdet. Ut fra hva jeg tidligere har sagt, følger det av dette at den avtale om uttaksrett av borgundkraft til selvkost, som må anses inngått mellom partene etter vedtaket i sak 17/68, ikke har noe selvstendig liv ved siden av elverkskontraktene. Det går en direkte linje fra smaalensoverbeholdet til elverkskontraktene, som regulerte det fulle mellomværendet mellom partene på kraftforsyningens område.
- (88) Dersom kommunene den gang hadde ment at de hadde rett til stedsevarig uttak av borgundkraft til selvkost, som bare ble midlertidig suspendert ved elverkskontraktene, ville de ha all foranledning til å si fra under den prosessen som ledet frem til undertegningen av disse kontraktene. Det fremkom intet annet enn de nevnte forbehold fra tre bykommuner. Det er ikke opplyst i saken hvorfor disse lot forbeholdene falle. Jeg ser ikke bort fra at det kan ha sammenheng med det forhold at innenfor elverkskontraktene ville kraften fortsatt bli levert til selvkost, og det gjaldt også borgundkraften, jf. for øvrig Rt. 2000 side 632. Mye kan tyde på at dette har vært fremme under forhandlingene. Jeg viser her til det såkalte Særutvalgets skriv av 14. september 1973 til fylkets elektrisitetsstyre. Etter å ha referert hele punkt 1 i fylkestingets vedtak i sak 17/68, skrev utvalget:

"Særutvalget har vurdert denne sak og kommet til at med den ordning som en nå er fastlagt med Ø.K. som et fylkeskommunalt elverk som skal motta alle kategorier kraft både fra Borgund, Staten og eventuelt Bøvra og andre er det ingen grunn til å behandle Borgund spesielt. Man må anta at de enkelte elverk har utviklet og vil utvikle seg omtrent på samme måte slik at en fordeling av Borgundkraften vil gi samme resultat som om den ble fordelt etter innbetalingen til finansiering."

- (89) Og særutvalget avsluttet slik:

"Kommunenes krav på Borgundkraft i samsvar med innbetalingen vil bortfalle."

- (90) Da elverkskontraktene ble undertegnet, var som nevnt en særlig rett for kommunene til uttak av borgundkraft en saga blott. Jeg tilføyer at også den videre utvikling synes å bekrefte at kommunene ikke oppfattet å ha en slik særrett. Det er eksempelvis påfallende at ikke dette ble trukket frem ved opprettelsen av Østfold Energiverk AS i 1987-88, ikke minst da fylkets verdier – som nesten utelukkende besto av Borgund kraftverk – ble

verdsatt til hele 25 % i det nye selskapet. Med en slik plikt til å levere borgundkraft som ankemotpartene hevder at fylket hadde, er det vanskelig å se at verdien kunne bli så høy. Etter min mening bærer dette bud om at tanken om en slik særlig uttaksrett, med et selvstendig liv uavhengig av elverkskontraktene, først er oppstått da dereguleringen av energimarkedet stod for døren, og verdien av billig produsert kraft ventelig ville stige betydelig.

- (91) Etter dette blir det min konklusjon at Østfold Energi Produksjon AS må frifinnes.
- (92) Ankemotpartene har tapt saken fullstendig og skulle etter hovedregelen ilegges saksomkostninger for alle instanser, jf. tvistemålslovens § 180 annet ledd og § 172 første ledd. Saken har imidlertid reist kompliserte og tvilsomme spørsmål, og jeg er etter omstendighetene blitt stående ved at saksomkostninger ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. § 172 annet ledd.

- (93) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Østfold Energi Produksjon AS frifinnes.
 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.
- (94) Dommer **Coward**: Jeg er kommet til samme resultat som lagmannsretten når det gjelder realiteten i saken.
- (95) På samme måte som førstvoterende mener jeg at fylkestingets vedtak i sak 17/68 og oppfølgingen av dette vedtaket med kommunene innebærer at kommunene ervervet en rett til uttak av lærdalskraft på ubestemt tid og til selvkost. Videre ser jeg forbeholdet i andre punktum i vedtaket som en reforhandlingsklausul, altså en rett til å komme tilbake til spørsmålet – slik også førstvoterende har gitt uttrykk for. Men jeg kan ikke se at man kan trekke særlige slutninger fra denne reforhandlingsklausulen i retning av å se det som senere skjedde, som en varig fraskrivelse fra kommunenes side av den retten de hadde fått etter fylkestingsvedtaket fra 1968.
- (96) Jeg nevner her at når det gjelder denne senere utviklingen, ser jeg i og for seg atskillige problemer med å vurdere de rettslige konsekvensene av det som ble uttalt under prosessene eller formulert i vedtak. Det skyldes ikke minst at de forskjellige aktørene naturlig nok ikke forutså – og dermed heller ikke formulerte seg med sikte på – de endringene i kraftmarkedet som etter hvert er skjedd. Men jeg er – i motsetning til førstvoterende – kommet til at den etterfølgende utviklingen ikke kan innebære at ankemotpartene har mistet den rett de hadde ervervet.
- (97) Førstvoterende har særlig vist til den såkalte elverkskontrakten og prosessen frem mot den. Elverkskontrakten trådte i kraft 1. juli 1974, altså på et tidspunkt da man fortsatt var i et selvkostregime. Som også førstvoterende har nevnt, fastslo Høyesterett i dommen i Rt. 2000 side 632 at prisfastsettelsen i kontrakten skulle baseres på en selvkostberegning. I forhold til prisen for lærdalskraften oppfatter jeg hovedpoenget med elverkskontrakten som å være at man ble enig om en praktisk måte å foreta avregningen på, men uten at det

innebar annet enn ganske små utslag for det økonomiske resultatet for kommunene. Det kommunene ga avkall på i kontrakten, var retten til særskilt avregning av lærdalskraften. Elverkskontrakten skulle ha en varighet på 30 år, og jeg mener – som lagmannsretten – at det ikke er naturlig å se kontrakten som å innebære en varig fraskrivelse fra kommunenes side av de rettighetene de hadde fått på bakgrunn av sine investeringer i Lærdalsvassdraget. Jeg er altså ikke enig med førstvoterende når han gir uttrykk for at det må gå ut over ankemotpartene at de under prosessen frem mot elverkskontrakten ikke sa uttrykkelig fra om den retten de mente å ha.

- (98) Det er etter min mening heller ikke grunnlag for å se det som skjedde i forbindelse med senere organisatoriske endringer av kraftforsyningen i Østfold – ved etableringen av Østfold Energiverk AS i 1988 og avviklingen av de kommunale elverkene i 1990-årene – som noe frafall av ankemotpartenes rettigheter til lærdalskraften. Jeg er dermed enig med lagmannsretten når den uttaler at ankemotpartene har krav på å få utbytte av sine investeringer i Lærdalsprosjektet på linje med de øvrige kommunene; det er ikke tilstrekkelig grunn til å behandle kommunene forskjellig.
- (99) Jeg er også enig i lagmannsrettens beregning av det kraftkvantumet de enkelte ankemotpartene har krav på – det vil si at det skal tilsvare en forholdsmessig andel av totalproduksjonen i kraftverket etter at det er gjort fradrag for pliktige konsesjonskraftleveranser. Det er utvilsomt slik vedtaket i sak 17/68 må forstås. Det innebærer at det ikke skal korrigeres for lånefinansieringen, som for øvrig kommunene, eller deres innbyggere, svarte for over strømprisen, slik at de var med på å nedbetale sin forholdsmessige andel av utgiftene.
- (100) Dommer **Flock:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Rieber-Mohn.
- (101) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (102) Dommer **Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Coward.
- (103) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Østfold Energi Produksjon AS frifinnes.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: