



NORGES HØYESTERETT

Den 3. mai 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-00943-A, (sak nr. 2012/1783), sivil sak, anke over overskjønn,

Torgeir Bjørnara
Thor K. Lunden
Svein K. Røysland
Vidar Nomeland
Tone Rysstad

(advokat Øyvind Kraft)

Småkraftforeninga (partshjelper)

(advokat Odd Walther Moi)

mot

Otra Kraft DA
Otteraaens Brugseierforening

(advokat Dag Arne Ruud)

Energi Norge (partshjelper)

(advokat Johan Fr. Remmen)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder prinsippene for fastsettelse av erstatning ved ekspropriasjon av fallrettigheter hvor separat utbygging til småkraftverk ikke er påregnelig.
- (2) Den konkrete bakgrunnen for saken er utvidelse av eksisterende regulerings- og kraftproduksjonsanlegg i øvre del av Otra i Valle og Bykle kommuner i Setesdal. Agder lagmannsrett avsa opprinnelig overskjønn 8. februar 2010 til fastsettelse av ekspropriasjonserstatningene for fallrettigheter i vassdragene Bjørnara og Fjellskara som inngår i utbyggingen. Dette overskjønnet ble imidlertid opphevet ved Høyesteretts dom 15. september 2010, jf. Rt. 2010 side 1056 (Otra I). Nærværende sak gjelder Agder lagmannsretts fornyede overskjønn som ble avsagt 21. juni 2012.

- (3) I Otra I-dommen avsnitt 2-8 gis en detaljert redegjørelse for det aktuelle kraftutbyggingsprosjektet og for prosesshistorien. Som det fremgår der, fikk Otteraaens Brugseierforening og Otra Kraft DA – i det følgende omtalt i fellesskap som Otra Kraft – ved kongelig resolusjon 3. oktober 2003 konsesjoner for regulering og utbygging av Brokke Nord/Sør med Skarg kraftverk. Reguleringskonsesjonen er gitt Otteraaens Brugseierforening. Dette er en sammenslutning av samtlige selskaper – i all hovedsak offentlig eide – som utnytter reguleringer i Otravassdraget. Ervervs- og utbyggingskonsesjonen er gitt til Otra Kraft DA, som også er offentlig eid.
- (4) Konsesjonene er i tråd med St.meld. nr. 63 (1984–1985) Om Samlet plan for vassdrag, i det videre omtalt som Samlet plan. Dette er en landsomfattende rammeplan for forvaltningen av vassdrag. I Otra I-dommen avsnitt 3 gis en nærmere redegjørelse for innholdet i Samlet plan. Det er ikke nødvendig å gå inn på dette i foreliggende sak.
- (5) Selve utbyggingsprosjektet er beskrevet slik i dommens avsnitt 4:

"Utbyggingen er basert på at vann fra sideelver og bekker som munner ut i Otra, overføres til reguleringsmagasiner i såkalte takrenneprosjekter. I Brokke Nord føres blant annet Bjørnarå i tunnel til Sarvsfossen inntaksmagasin i Bykle, og videre til Botsvann – hvor man ved utløpet av tunnelen skal bygge nytt Skarg kraftverk. I Brokke Sør føres blant annet Fjellskarå inn på eksisterende tunnel mellom Botsvann og Brokke kraftverk. Den samlede kraftproduksjon ved utbyggingen av Brokke Nord/Sør med Skarg kraftverk, er beregnet til ca. 175 GWh."

- (6) Det er i overskjønnet til sammenligning lagt til grunn at separat utbygging av Bjørnarå og Fjellskarå ville ha gitt en produksjon på henholdsvis ca. 14,7 GWh og 5,2 GWh.
- (7) Det er for Høyesterett opplyst at utbyggingen er startet opp etter å ha vært utsatt i flere år grunnet økonomiske usikkerhetsmomenter.
- (8) Om prosesshistorien heter det i Otra I-dommen avsnitt 6-8:

"(6) Otra Kraft begjærte 29. juni 2004 skjønn ved Kristiansand tingrett, hvor de saksøkte var flere hundre berørte grunneiere og rettighetshavere. Skjønn ble avhjemlet 18. desember 2007. For fallet i Bjørnarå mellom kote 618 og 418 ble erstatningen – under dissens fra rettsformannen og en av skjønnsmennene – fastsatt ut fra alternativ utnyttelse til småkraftverk – småkraftmetoden. Den årlige erstatningen ble satt til 240 000 kroner – med et tillegg på 25 prosent. For de øvrige fall – med ett unntak som ikke har betydning for vår sak – fant tingretten at separat utbygging ikke var et påregnelig alternativ. Erstatningen for disse ble utmålt ut fra naturhestekraftmetoden, til en enhetspris på 400 kroner som ble oppjustert med 6,5 prosent. For fallet i Fjellskarå under takstnummer 21 – som er det aktuelle i saken for Høyesterett – fastsatte tingretten etter denne metoden en samlet erstatning på 568 404 kroner, tillagt 25 prosent.

(7) Otra Kraft begjærte 18. januar 2008 overskjønn. Det ble blant annet gjort gjeldende at erstatningen for fall mellom kote 618 og 418 i Bjørnarå ikke skulle utmåles ut fra verdien av separat utbygging som småkraftverk, men etter naturhestekraftmetoden. Thor K. Lunden og Torgeir Bjørnarå begjærte overskjønn for så vidt gjaldt selve verdsettelsen. Tone Rysstad, som eier 24,6 prosent av fallrettighetene i Fjellskarå, begjærte overskjønn på det grunnlag at erstatningen også for disse fallene skulle ha vært utmålt etter småkraftmetoden.

(8) Agder lagmannsrett avhjemlet overskjønn 8. februar 2010 (LA-2008-29575) for sju av grunneierne til fall i Bjørnarå og én grunneier til fall i Fjellskarå (Tone Rysstad). Overskjønnet fastsatte fallerstatningene for både Bjørnarå og Fjellskarå ut fra bruksverdien ved utleie som småkraftverk. Herunder ble verdien av muligheten for inntekter ved såkalte grønne sertifikater tatt i betraktning. Denne utgjorde en betydelig del av erstatningen – for Bjørnarå nesten 12 millioner kroner, av en samlet bruksverdierstatning på knapt 21 millioner kroner. For Fjellskarå ble verdien av muligheten for inntekter ved grønne sertifikater satt til mer enn 4 millioner kroner, av en samlet bruksverdierstatning i overkant av 7 millioner kroner. Verdien av disse inntektene fikk for Fjellskarå dessuten avgjørende betydning for at lagmannsretten anså separat utbygging som økonomisk forsvarlig."

- (9) Som allerede nevnt, ble overskjønnet opphevet av Høyesterett, jf. Rt. 2010 side 1056 (Otra I). Førstvoterende med tilslutning fra to dommere pekte i avsnitt 36 på enkelte klare svakheter i skjønnsgrunnene. Lagmannsretten burde blant annet uttrykkelig ha tatt opp spørsmålet om de hensyn til optimal ressursutnyttelse som dannet det reelle grunnlaget for utbyggingsplanene i Samlet plan, uavhengig av denne, også kunne vise seg å være til hinder for konsesjon til separat utbygging. Slik skjønnet var bygget opp, mente han likevel at det, om enn unødig indirekte, fremgikk at lagmannsretten hadde ment at konsesjon for separat utbygging i utgangspunktet var realistisk og påregnelig. Opphevelsen ble i avsnitt 52 begrunnet med at det var uklart hvilke krav til realisme og påregnelighet lagmannsretten hadde stilt for at det skulle ytes erstatning for verdien på grunneiers hånd av et mulig fremtidig marked for grønne sertifikater. I lys av det særegne bevistema som forelå for lagmannsretten, og størrelsen på de erstatninger den hadde tilkjent, ble skjønnsgrunnene ansett mangelfulle. To dommere mente at lagmannsretten hadde unnlatt å foreta den konkrete påregnelighetsvurderingen som er forutsatt i Rt. 1996 side 521 (Lena), og at dommen måtte oppheves også av denne grunn.
- (10) I det nye overskjønnet som ble avsagt 21. juni 2012, kom Agder lagmannsrett på bakgrunn av en konkret vurdering av det enkelte vassdrag til at utbygging av småkraftverk i Bjørnarå og Fjellskarå ville være teknisk gjennomførbart, og at man for Bjørnarå kunne oppnå tilstrekkelig lønnsomhet. For Fjellskarå fant man lønnsomheten atskillig mer tvilsom. Lagmannsretten så det – uavhengig av lønnsomhetsbetraktningene – likevel ikke som realistisk og påregnelig at noen av de to prosjektene ville oppnå konsesjon. Følgelig kunne man ved utmåling av ekspropriasjonserstatningen ikke legge til grunn som påregnelig at Bjørnarå og Fjellskarå ville ha blitt bygget ut separat om Otra Krafts utbyggingsprosjekt tenkes borte.
- (11) Konklusjonen var i hovedsak begrunnet i kravet til optimal ressursutnyttelse som en konsesjonsmyndighet er forpliktet til å iaktta ved vurderingen av om et utbyggingsprosjekt skal få konsesjon eller ikke. Den utnyttelsesmåten som Otra Kraft hadde fått tillatelse til, samler opp flere sidevassdrag, utnytter dem bedre og effektiviserer kraftproduksjonen ved magasineringsanlegg. Lagmannsretten fant det – på bakgrunn av den utbygging som tidligere hadde funnet sted – mest sannsynlig at en videre utbygging av vassdraget ville ha blitt foretatt samlet også uten et overordnet offentlig planverk som Samlet plan. I lys av dette så lagmannsretten det ikke som påregnelig at det ville ha blitt gitt konsesjon til separat utbygging av Bjørnarå og Fjellskarå til småkraftverk, selv om Samlet plan tenkes borte.
- (12) I det nye overskjønnet ble erstatningen etter dette utmålt etter naturhestekraftmetoden, og ikke etter småkraftmetoden som i det forrige overskjønnet. Dernest tok man – i tråd med hva Gulating lagmannsrett hadde lagt til grunn i overskjønn av 10. februar 2009

vedrørende Saudefallene – ved beregningen utgangspunkt i middelvannføring og ikke regulert vannføring slik som ellers hadde vært vanlig. Derved vil antall naturhestekrefter som skal inngå i erstatningsberegningen, øke. Videre ble det gitt en høyere erstatning pr. naturhestekraft enn det som tidligere hadde fulgt av skjønnspraksis.

- (13) Etter en skjønnsmessig helhetsvurdering ble erstatningen for fallrettighetene i Bjørnarå satt til 730 kroner pr. naturhestekraft og for Fjellskarå til 600 kroner pr. naturhestekraft. De samlede erstatninger for de ankende parter ble ut fra dette beregnet til henholdsvis 5 303 341 kroner og 307 818 kroner.
- (14) Fire av grunneierne til fall i Bjørnarå og en av grunneierne til fall i Fjellskarå har anket det nye overskjønnet til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen vedrørende den påregnelighetsvurderingen som overskjønnsretten har foretatt med hensyn til om de ankende parter ville ha fått konsesjon til separat utbygging av de to sidevassdragene til småkraft. Videre gjelder anken rettsanvendelsen for så vidt angår bruken av naturhestekraftmetoden ved erstatningsfastsettelsen. Anken gjelder også saksbehandlingen og rettsanvendelsen vedrørende lagmannsrettens utmåling av engangserstatning i stedet for årlige erstatninger. Det er som saksbehandlingsfeil av betydning for avgjørelsens innhold dessuten gjort gjeldende at overskjønnet ble avsagt svært lang tid etter at fristen i tvisteloven § 19-4 var løpt ut.
- (15) Høyesteretts ankeutvalg tillot ved beslutning 6. desember 2012 anken over rettsanvendelsen fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om anvendelsen av naturhestekraftmetoden ved erstatningsutmålingen. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (16) Småkraftforeninga – en interesseorganisasjon for eiere og leiere av mikro-, mini-, og småkraftverk – har til støtte for grunneierne erklært partshjelp for Høyesterett etter tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b. Tilsvarende har Energi Norge – en organisasjon for virksomheter som produserer, transporterer og omsetter energi – erklært partshjelp til støtte for Otra Kraft.
- (17) De ankende parter – *Torgeir Bjørnarå mfl.* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (18) Uttalelsen i Rt. 2008 side 82 (Uleberg) om at naturhestekraftmetoden ikke lenger er egnet som utmålingsprinsipp for erstatning for fallrettigheter hvor det er påregnelig med separat utbygging, må også gjelde for erstatning ved andre typer fallrettigheter – altså også der slik utbygging ikke er påregnelig. Lagmannsretten har i stedet feilaktig etablert en modifisert naturhestekraftmodell. Metoden er konstruert og reflekterer ikke hva en alminnelig kjøper ville vært villig til å betale for fallene i et fritt marked. Dette er en lite etterprøvbar teknisk beregningsmåte som er i strid med regelen om at fallrettigheter ved ekspropriasjon skal erstattes etter salgsverdi. Metoden gir dessuten et støtende resultat.
- (19) Separat utbyggbare fall verdsettes etter småkraftmetoden – altså med utgangspunkt i den antatte, reelle salgsverdi et slikt fall har i et fritt marked med interesserte utbyggere. De likhets- og rettferdshensyn som ligger til grunn for Grunnloven § 105, tilsier da at den samme metoden også gis anvendelse ved ekspropriasjon av fall der separat utbygging ikke er påregnelig, men der vannressursen likevel utnyttes i kraftutbygging gjennom et overføringsprosjekt. På denne bakgrunn gjøres prinsipielt gjeldende at erstatning etter småkraftmetoden også i et slikt tilfelle vil være et uttrykk for ressursens reelle verdi.

- (20) I de tilfeller der separat utbygging er upåregnelig, vil det fortsatt bli gjort bruk av den aktuelle vannressursen som innsatsfaktor i kraftproduksjonen. I overføringsprosjekter er det altså selve grunnlaget for primærproduksjonen som overtas gjennom ekspropriasjonstiltaket. Ressursen er kvantifiserbar og kan lett verdsettes, enten den skal overføres til annet vassdrag for magasinering og kraftproduksjon eller utnyttes direkte i småkraftverk. Ved ekspropriasjon av fall som utnyttes i kraftproduksjon ved overføring, bør ekspropriaten prinsipielt sett stilles likt med grunneiere som selv kan utnytte sine vannfall gjennom salg, utleie eller egen utbygging til småkraftproduksjon.
- (21) Dersom småkraftmetoden ikke kan benyttes, gjøres subsidiært gjeldende at erstatningen må fastsettes etter en samarbeidsmodell slik som i Rt. 2011 side 1683 (Kløvtveit), eventuelt ved fastsettelse av en objektivisert salgsverdi.
- (22) Ved en samarbeidsmodell tenkes både ekspropriantens og ekspropriatens rettigheter lagt inn i et felles prosjekt der også fall som ikke er separat utbyggbare inngår. Utgangspunktet for fastsettelse av salgsverdien er den påregnelige utnyttelse av de samlede fallrettighetene dersom eksproprianten ikke hadde hatt sitt prosjekt. Deretter må den stipulerte verdien fordeles blant rettighetshaverne. Ved utnyttelse av eksisterende infrastruktur som i saken her, vil utgangspunktet for beregningen være hvor stor del av verdien av den nye produksjonen som kan henføres til de ulike fallrettighetene, korrigert for de utbyggingskostnadene som påløper for å kunne utnytte fallene i et slikt prosjekt.
- (23) Alternativt kan man stipulere en objektivisert salgsverdi for den enkelte fallrettighet. Denne settes ut fra hvilken utnyttelse av rettigheten som er realistisk og påregnelig for andre som kan tenkes å erverve den ved frivillig kjøp, jf. Kløvtveitdommen avsnitt 24. Alle vannfall som kan nyttes til kraftproduksjon har en salgsverdi, uavhengig av om de er separat utbyggbare eller ei. Også der separat utbygging av fallet ikke er påregnelig har den rå vannkraften en verdi som kraftprodusenter er villige til å betale for. Fordi det er et felles kraftmarked i Norden med gode overføringsmuligheter, er salgsverdien av fallrettigheter i utgangspunktet omtrent lik over hele landet. Kraftprodusenter er altså villige til å betale omtrent samme "grunnpris" for fallene. Dette gjør det mulig å finne en objektivisert salgsverdi som deretter justeres for utbyggingskostnader og andre faktiske forhold. Styrende for verdsettelsen vil – i samsvar med prinsippene i ekspropriasjonserstatningsloven § 5 – være prisen som er oppnådd ved salg av andre fallrettigheter som det er naturlig å sammenligne med. Også frivillige avtaler om utleie av fall til småkraftverk er relevante ved verdsettelsen ettersom utleieverdi enkelt kan omregnes til salgsverdi. I nærværende sak foreligger en betinget utleieavtale med Fjellkraft AS som gjør denne type beregning mulig.
- (24) De ankende parter har nedlagt slik påstand:
- "1. Agder lagmannsretts overskjønn av 21.06.2012 i sak nr. 10-181441SKJ-ALAG, post 1 og 2 oppheves.**
 - 2. De ankende parter tilkjennes sakens omkostninger."**
- (25) Partshjelperen – *Småkraftforeninga* – har i hovedsak sluttet seg til de ankende parters anførsler og særlig fremhevet at det er ulogisk med forskjellige prinsipper for utmåling av ekspropriasjonserstatningen alt ettersom fallrettigheten kan utnyttes av grunneieren alene eller av andre i en kompleks utbygging.

(26) Partshjelperen har nedlagt slik påstand:

"Småkraftforeninga tilkjennes sakens omkostninger."

- (27) Ankemotpartene – *Otra Kraft DA og Otteraaens Brugseierforening* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (28) Det er i overskjønnet slått fast at det ikke er påregnelig med konsesjon til separat utbygging av sidevassdragene Bjørnarå og Fjellskarå. Ettersom ankeutvalget bare har tillatt fremmet anken over rettsanvendelsen for så vidt gjelder bruk av naturhestekraftmetoden ved erstatningsutmålingen, må Høyesterett legge denne påregnelighetsvurderingen til grunn.
- (29) Lagmannsretten har bygget på riktig rettsanvendelse når den i en situasjon hvor separat utbygging ikke er påregnelig, har benyttet naturhestekraftmetoden som grunnlag for erstatningsutmåling.
- (30) Det er det økonomiske tapet på grunneiers hånd som skal erstattes. Ved tapsberegningen er det i nærværende sak salgsverdien etter ekspropriasjonserstatningsloven § 5 som skal anvendes. Til tross for liberaliseringen av energimarkedet på 1990-tallet er det ikke etablert noe marked for omsetning av fallrettigheter til utnyttelse i store kraftprosjekter. Salgsverdierstatning utmåles da etter rettspraksis med utgangspunkt i naturhestekraftmetoden. Metoden innebærer at fallverdiene fastsettes på bakgrunn av teoretiske beregninger. Fremgangsmåten har vært anerkjent av lovgiver, og det er ikke kommet signaler om at dette ikke lenger skal gjelde.
- (31) Erstatning etter samarbeidsmodellen med utgangspunkt i Rt. 2011 side 1683 (Kløvtveit) representerer ikke noen rettslig nydannelse, men bygger på en tradisjonell påregnelighetsvurdering av om utnyttelse ville ha funnet sted dersom ekspropriasjonstiltaket tenkes borte, og i tilfellet hvilken. Påregneligheten av et samarbeidsprosjekt mellom rettighetshavere i Bjørnarå, Fjellskarå og Otra Kraft ble ikke påberopt for lagmannsretten og er ikke vurdert ved overskjønnet. Noe marked for fallene i et samarbeidsprosjekt er heller ikke påvist. De konkrete forholdene i foreliggende sak ligger også svært annerledes an enn i Kløvtveitdommen, som var et helt nytt prosjekt. Samarbeidsmodellen er dårlig tilpasset kombinerte prosjekter.
- (32) Lagmannsretten har ved anvendelsen av naturhestekraftmetoden gjort bruk av middelvannføring og en forhøyet pris pr. naturhestekraft. Det økte erstatningsnivået dette fører til gjør at utmålingen ikke under noen omstendighet vil bryte med en likhets- eller rettferdstankegang.
- (33) Ankemotpartene er for øvrig enige i at erstatningene skulle vært utmålt som årlige erstatninger og ikke som engangserstatning og har tilbudt grunneierne å omgjøre erstatningene til årlige erstatninger. Videre er de enige i at erstatningsnivået for fallrettigheter i Bjørnarå og i Fjellskarå skulle vært satt likt og har akseptert at Tone Rysstad som falleeier i Fjellskarå får samme erstatning pr. naturhestekraft som falleiere i Bjørnarå.
- (34) Ankemotpartene har nedlagt slik påstand:

"1. Anken forkastes.

2. Otteraaens Brugseierforening og Otra Kraft DA tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."

(35) Partshjelperen – *Energi Norge* – har i hovedsak sluttet seg til ankemotpartenes anførsler og særlig fremhevet grunnprinsippet om at det bare er tapet ved den påregnelige utnyttning som skal erstattes ved ekspropriasjon. En ordning som innebærer at det betales erstatning for noe som ikke er påregnelig, har ingen plass innenfor et slikt system. Det grunnleggende spørsmålet er om naturhestekraftmetoden er egnet som mål for den ressurs som avstås til eksproprianten der det ikke finnes noe marked til hjelp for verdifastsettelsen. Metoden har vært akseptert i skjønnspraksis og bedre metoder har ikke latt seg påvise. Noe marked for salg og leie av fallrettigheter som ikke er separat utbyggbare, finnes ikke i dag.

(36) Partshjelperen har nedlagt slik påstand:

"Energi Norge tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."

(37) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*

(38) Hovedspørsmålet i saken er om bruk av naturhestekraftmetoden på grunn av utviklingen i kraftmarkedet har utspilt sin rolle også ved verdsettelsen av fall der separat utbygging til småkraft ikke er påregnelig.

(39) Med utgangspunkt i førstvoterendes gjennomgang i Otra I-dommen i Rt. 2010 side 1056 vil jeg først redegjøre for de alminnelige prinsippene som gjelder for erstatning ved ekspropriasjon av fallrettigheter. Ved slik ekspropriasjon skal det ytes full erstatning for tapet på grunneiers hånd, jf. Grunnloven § 105. Fallerstatningen skal etter vannressursloven § 51 første og annet ledd beregnes etter reglene i ekspropriasjonserstatningsloven, men likevel slik at når ekspropriasjonen skjer til vannkraftproduksjon, forhøyes alle erstatninger med 25 prosent, jf. også vassdragsreguleringsloven § 16 nr. 3. Dette sjablonmessige påslaget er blant annet begrunnet i at det er rimelig at grunneier får en viss del av fortjenesten som tilkommer regulanten når et vassdrag blir regulert til kraftutvinning, jf. Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) side 231. Jeg nevner i denne forbindelse at Olje- og energidepartementet i høringsbrev 7. mars 2013 har foreslått tillegget opphevet både for separat utbyggbare fall hvor erstatningen fastsettes etter markedspris og der naturhestekraftmetoden legges til grunn for erstatningsutmålingen.

(40) Om selve utmålingen heter det i Otra I-dommen avsnitt 29:

"Utmålingen skal foretas på grunnlag av salgsverdi eller bruksverdi, jf. ekspropriasjonserstatningsloven §§ 5 og 6, hvor det avgjørende for valg av alternativ er hvilken verdi som er høyest, jf. samme lov § 4. I begge tilfeller skal erstatningen knyttes til den påregnelig utnyttelse 'som det røyneleg er grunnlag for etter tilhøva på staden'. Jeg viser i denne forbindelse til Ot.prp. nr. 50 (1982-1983) side 49, hvor det fremholdes at man bare skal ta hensyn til den utnyttelsen 'som det er reelt grunnlag for', og at erstatning for fremtidige utnyttingsmuligheter må begrenses til det 'realistiske og påregnelige'. Ved verdsettelsen skal det ses bort fra verdiendringer som følge av selve ekspropriasjonstiltaket, eller av gjennomførte eller planlagte investeringer eller

virksomhet som har direkte sammenheng med tiltaket, jf. § 5 tredje ledd og § 6 annet ledd."

- (41) Erstatningen skal i dette tilfellet utmåles som tapt salgsverdi etter reglene i ekspropriasjonerstatningsloven § 5. Det følger av bestemmelsen at verdsettelsen skal foretas etter en objektivisert vurdering, jf. blant annet Rt. 2011 side 1683 (Kløvtveit) avsnitt 24. Av samme avgjørelse avsnitt 25 følger dernest under henvisning til tidligere praksis at det er eiendommens verdi som skal erstattes uten hensyn til hvem som eier den på avståelsestidspunktet.
- (42) Jeg går så over til å se spesielt på utviklingstrekkene ved metoden for fastsettelse av salgsverdien på fallrettigheter:
- (43) Ettersom det etter de mange oppkjøp av vannfall som fant sted på begynnelsen av 1900-tallet har vært liten fri omsetning av vannfall, ble det tidlig vanlig å fastsette erstatning for utnytting av vannfall til kraftproduksjon med utgangspunkt i en teoretisk beregning; den såkalte naturhestekraftmetoden. I Rt. 1997 side 1594 (Hellandsfoss) på side 1599 er dette beskrevet slik:

"Utgangspunktet etter ekspropriasjonerstatningsloven § 5 er at erstatningen skal fastsettes på grunnlag av det som det må regnes med at vanlige kjøpere ville gi for eiendommen ved frivillig salg, blant annet ut fra påregnelig utnytting. Ved fallrettigheter gir imidlertid dette ofte liten veiledning, og verdien av fallrettigheter har tradisjonelt vært fastsatt med grunnlag i antall naturhestekrefter i fallet, som så multipliseres med en pris pr enhet. Enhetsprisen fastsettes etter en totalvurdering der blant annet omkostningene ved utbygging, fallets beliggenhet og prisene for andre fall inngår. Antall naturhestekrefter beregnes etter formelen $\text{naturhestekrefter} = 13,33 \times \text{Qreg} \times \text{Hbr}$, der Qreg angir den regulerte vannføringen og Hbr høyden i fallet."

- (44) Som redegjort for i Rt. 2008 side 82 (Uleberg) avsnitt 82 flg., var naturhestekraftmetoden opprinnelig introdusert i konsesjonslovene som en praktisk målestokk for kraftgrunnlaget ved beregning av konsesjonsavgift og konsesjonskraft, jf. vassdragsreguleringsloven § 11 nr. 1 og § 12 nr. 15, jf. § 2 og industrikonsesjonsloven § 2 nr. 12 og 13, jf. § 1 første ledd. Den ble som nevnt, etter hvert også tatt i bruk ved erstatning for fallrettigheter, men har aldri vært lovfestet for dette formål.
- (45) I Ulebergdommen avsnitt 83 sies følgende om bakgrunnen for bruken av naturhestekraftmetoden ved verdsettelse av fallrettigheter:

"Kraftproduksjon og leveranse skjedde lokalt og i offentlig regi – de lokale elektrisitetsverkene hadde både rett og plikt til å levere strøm i sitt nærrområde. Kraftnettet var svakt utbygd, og det var først og fremst den permanente vannføringen som kunne utnyttes til kraftproduksjon, og som det var naturlig å ta hensyn til ved verdsettelsen av fallrettigheter. Det fantes heller intet fritt marked for omsetning av fallrettigheter, de offentlige kraftverkene hadde monopol på kjøpersiden. I en slik situasjon kunne naturhestekraftmetoden gi et dekkende bilde av den energimengden som kunne produseres i et kraftverk, og var derfor også et tjenlig sammenligningsgrunnlag for verdien av de enkelte fallrettigheter."

- (46) Som sitatet viser, var metoden – der man ikke hadde et marked for omsetning av fallrettigheter – "et tjenlig sammenligningsgrunnlag for verdien av de enkelte fallrettigheter".

- (47) På 1990-tallet forandret dette seg på grunn av endringer i energiloven. Endringene innebar at kraftmarkedet ble liberalisert med etablering av et marked for salg og leie av fallrettigheter.
- (48) Høyesterett tok i Ulebergdommen i et obiter dictum stilling til om naturhestekraftmetoden etter denne liberaliseringen kunne opprettholdes som beregningsmetode for fallerstatninger. Saken dreiet seg om en fallrettighet hvor det var påregnelig med separat utbygging, og som etter liberaliseringen derfor kunne vært solgt eller leiet ut i et fritt marked. Førstvoterende uttaler i dommens avsnitt 80–81:

"(80) Når det gjelder naturhestekraftmetodens anvendelighet i vår sak, uttaler lagmannsrettens flertall:

'Etter flertallets syn er den tradisjonelle metode for utmåling av et vannfalls omsetningsverdi foreldet. Utviklingen av et fritt kraftmarked og bedret overføringskapasitet gjør at naturhestekrefter ikke lenger er et begrep markedet forholder seg til. Antall naturhestekrefter gjenspeiler ikke uten videre forventet kraftproduksjon, og sier derfor lite om markedsverdien av fallet.'

(81) Jeg er enig med lagmannsrettens flertall i at metoden ikke lenger er egnet som utmålingsprinsipp for erstatning for fallrettigheter hvor det er påregnelig med separat utbygging. Hvorvidt metoden er anvendelig ved andre typer fallrettigheter, tar jeg ikke standpunkt til."

- (49) Førstvoterende har i avsnitt 84 begrunnet sitt standpunkt slik:

"Startskuddet for den nye tid kom med energiloven i 1990 da overføringsnettet ble åpnet opp slik at også private kunne benytte nettet til levering av strøm. Etter hvert utviklet det seg et internasjonalt kraftmarked, hvor strøm kunne selges – ikke bare i Norden, men også til resten av Europa. Det var ikke lenger nødvendig med et reguleringsmagasin som sørget for jevn vannføring året rundt – nå kunne små separate kraftverk utnytte en stor del av vannmengdene også i flomperiodene. Utviklingen skjøt ytterligere fart etter årtusenskiftet som følge av en politisk prioritering av småkraftutbygging og stadig stigende strømpriser. Teknologi- og markedsutvikling gjorde det økonomisk interessant med separat utbygging også av mindre vannfall. I dag eksisterer et marked for salg og leie av fallrettigheter. Det en kjøper er villig til å betale for fallet, er ikke lenger avhengig av størrelsen på den stabile vannføring året gjennom. Dermed har naturhestekraftmodellen utspilt sin rolle ved verdsettelsen av fall som er separat utbyggbare."

- (50) Synspunktet om at naturhestekraftmetoden har utspilt sin rolle ved verdsettelsen av fall som er separat utbyggbare, ble uten videre lagt til grunn i Rt. 2010 side 1056 (Otra I), men det ble fortsatt holdt åpent om metoden "også må fravikes i andre tilfeller" – det vil si tilfeller der man ikke kan legge til grunn "separat utbygging som en påregnelig og realistisk alternativ utnyttelse for grunneier", jf. avsnitt 33.
- (51) Senere er standpunktet fulgt opp i Rt. 2011 side 1683 (Kløvtveit). Som i Ulebergdommen, vises det i avsnitt 28 til at markedsutviklingen sammen med teknologiutviklingen har gjort det interessant å bygge småkraftverk uten tilgang til jevn vannføring året rundt gjennom et tilknyttet reguleringsmagasin. Etter dette har et marked som tidligere ikke fantes for salg og leie av fallrettigheter, utviklet seg. Førstvoterende konkluderer deretter slik:

"Det var dette Høyesterett i Uleberg og senere i Rt. 2010 side 1056 – Otra – tok konsekvensen av ved å uttale at naturhestekraftmetoden har utspilt sin rolle ved verdsettelsen av fall som er separat utbyggbare."

- (52) Med dette som bakgrunn går jeg nå over til å vurdere spørsmålet som har blitt stående ubesvart i de tidligere avgjørelsene; nemlig om naturhestekraftmetoden i dag må anses uegnet som utmålingsprinsipp også i de tilfeller der det ikke er påregnelig med separat utbygging til småkraftverk.
- (53) Lagmannsretten har i overskjønnet besvart spørsmålet benektende. Den peker på at verdsettelsesmåten har svært lang tradisjon og at det ikke er utviklet noen nye prinsipper for erstatningsfastsettelsen i de situasjoner der utbygging ikke er påregnelig. Den kan heller ikke se at det for vurderingen spiller noen rolle at det er regulatoriske forhold som er grunnen til at separat utbygging til småkraftverk anses upåregnelig. I avgjørelsen heter det om dette:
- "Det kan likevel reises spørsmål om naturhestekraftmetoden gir tilstrekkelig erstatning der separat utbygging isolert sett er regningssvarende, men må stå tilbake for andre potensielle utbyggingsløsninger som gir en mer optimal ressursutnyttelse. Lagmannsretten finner det vanskelig å finne noe avgjørende argument som kan skille denne situasjonen ut fra andre typer tilfelle når det først er på det rene at separat utbygging ikke er påregnelig. Uansett om dette har sin årsak i manglende lønnsomhet i selve prosjektet eller at det må stå tilbake for annen utnyttelse av vassdraget."**
- (54) Jeg er enig i lagmannsrettens vurdering på dette punktet, men vil legge til:
- (55) Som gjennomgangen av de alminnelige prinsippene har vist, er det både i ekspropriasjonerstatningsloven § 5 og § 6, i lovens forarbeider og i rettspraksis forutsatt at det bare er den påregnelige utnyttelse som skal erstattes. Dette utgangspunktet gjør at man etter mitt syn ville bryte med den grunnleggende ordningen dersom en fallrettighet som ikke har noen påregnelig utnyttelse i småkraftverk, likevel skulle kunne verdsettes som om den hadde hatt det.
- (56) De ankende parter har imidlertid gjort gjeldende at grunneiere som eier fall som kan nyttes i kraftproduksjon, og som eksproprieres til dette formål, ut fra likhets- og rettferdsprinsipper bør stilles likt med grunneiere som selv får utnytte sine vannfall. Det er i den forbindelse vist til det likhetshensyn som Grunnloven § 105 bygger på.
- (57) Etter mitt syn ligger likhetsbetraktningen i saken her på en noe annen kant enn den som gjerne trekkes frem i grunnlovsammenheng. Jeg oppfatter siktemålet med anførselen slik at man i første rekke mener at hensynet til en mest mulig ensartet og betryggende fastsettelse av erstatning for tap som følge av ikke å kunne utnytte vannressursen, tilsier at det "skjæres igjennom" hva som ellers måtte være de erstatningsrettslige konsekvenser av at separat utnytting av fallrettigheten er upåregnelig. Man bør heller se på resultatet som hevdes å være en tilnærmet lik økonomisk utnytting av vannressurser; altså at like tilfeller behandles likt.
- (58) Jeg finner det ved bedømmelsen naturlig å ta utgangspunkt i at det i ekspropriasjonerstatningsretten er sikker rett at offentlige arealplaner kan være avgjørende for vurderingen av den påregnelige utnyttelse av arealet, jf. Rt. 1996 side 521 (Lena). Arealer som er like etter sin art og beskaffenhet, kan ut fra en slik vurdering altså komme ulikt ut erstatningsmessig. Spørsmålet kommer etter min oppfatning ikke i noen

annen prinsipiell stilling der påregnelighetsvurderingen bygger på en konsesjonsvurdering som i saken her.

- (59) Selv om lagmannsretten har sett bort fra Samlet plan, har den altså ikke sett det som realistisk og påregnelig at Bjørnaråprosjektet og Fjellskaråprosjektet vil oppnå konsesjon til småkraftutbygging. En slik påregnelighetsvurdering er i samsvar med prinsippet som ble lagt til grunn i Lenadommen der det på side 541 heter:

"Ved nytt overskjønn må det vurderes i hvilken utstrekning bebyggelse på de avståtte arealer ville blitt tillatt og for øvrig kunne anses som påregnelig ut fra slike retningslinjer som jeg har forsøkt å angi."

- (60) Det må på denne bakgrunn kunne konkluderes med at måten en vannressurs utnyttes på i kraftproduksjonen vil kunne påvirke verdsettelsen; alt etter hvilken utnyttelsesmåte som er i samsvar med en konsesjonsvurdering. I overskjønnet uttales i så måte:

"Hovedargumentet for denne konklusjonen er kravet til optimal ressursutnyttelse som konsesjonsmyndigheten skal følge ved vurderingen av om et utbyggingsprosjekt skal få konsesjon eller ikke.

...

Etter bevisføringen må det legges til grunn at separat utbygging vil stenge for en større og vesentlig mer samfunnsnyttig utbygging av vassdraget. Dette er konsesjonsmyndighetene forpliktet til å hensynta. Lagmannsretten finner at en utbygging som den planlagte eller lignende ville ha kommet også uten en overordnet plan som Samlet plan. ..."

- (61) Høyesterett er ved prøvingen av verdsettelsesmåten henvist til å legge lagmannsrettens påregnelighetsvurdering til grunn. Jeg kan etter dette ikke se at likhetsbetraktninger gir grunnlag for å kreve at erstatningen fastsettes som om vassdragene var separat utbyggbare.
- (62) Jeg går så over til anførselen om at naturhestekraftmetoden ikke lenger er egnet som verdsettelsesmåte fordi det i dag eksisterer et marked for salg og leie av fallrettigheter som ikke er separat utbyggbare.
- (63) Som det fremgår av Ulebergdommen avsnitt 84, og senere Otra I-dommen avsnitt 32–33 og Kløvtveitdommen avsnitt 28 som jeg tidligere har sitert, er det nettopp fremveksten og eksistensen av et marked for fallrettigheter hvor det er påregnelig med separat utbygging, som var begrunnelsen for at Høyesterett uttalte at naturhestekraftmetoden hadde utspilt sin rolle som utmålingsprinsipp. Det sentrale ved vurderingen av om metoden skal anses uegnet for andre typer fall enn de separat utbyggbare må da være hvorvidt det også i slike tilfeller finnes et marked for salg og leie.
- (64) På bakgrunn av prosedyrene for Høyesterett legger jeg til grunn at det i dag ikke eksisterer et marked for salg og leie av enkeltstående fallrettigheter der separat utbygging ikke er påregnelig, men som er utnyttbare i komplekse utbygginger. De ankende parter har ikke kunnet vise til kontrakter eller priser som dokumenterer et slikt marked.
- (65) Det er riktignok fremlagt en undertegnet avtale mellom Fjellkraft AS og to av grunneierne i Bjørnarå om falleie. Videre er fremlagt et prospekt med avtaleutkast der Fjellkraft AS tilbyr en falleiemodell i Fjellskarå. Jeg forstår den undertegnede avtalen slik at den

gjelder falleie til småkraftutbygging. Avtalen viser derfor ikke at det eksisterer et marked for salg og leie av fallrettigheter der separat utbygging er upåregnelig. Jeg finner da ikke grunnlag for å tillegge avtalen og avtaletilbudet noen vekt ved avgjørelsen av anken.

- (66) Etter dette kan det konstateres at det for den type fallrettigheter saken gjelder, ikke finnes priser "som er oppnådd ved omsetnad av andre eigedomar som det er naturleg å samanlikna med", jf. ekspropriasjonserstatningsloven § 5 annet ledd. Jeg minner i denne forbindelse om at naturhestekraftmetoden i mangel av et fritt marked hittil har vært ansett for å kunne gi et "dekkende bilde av den energimengden som kunne produseres i et kraftverk" og derfor også har vært sett som "et tjenlig sammenligningsgrunnlag for verdien av de enkelte fallrettigheter", jf. Ulebergdommen avsnitt 83. Metoden har vært anvendt i svært mange år og er godt innarbeidet. Det skal etter min oppfatning derfor en del til for å kunne anse den som en uegnet verdsettelsesmåte så lenge det ikke eksisterer et representativt marked for omsetning av slike fallrettigheter.
- (67) Det neste spørsmålet er om det i lys av den tekniske og økonomiske utvikling likevel kan pekes på modeller som må anses bedre egnet enn naturhestekraftmetoden til verdsettelse av en fallrettighet som ikke er separat utbyggbar. De ankende parter har her pekt på to alternative metoder.
- (68) Den første metoden er en såkalt samarbeidsmodell som tar utgangspunkt i Rt. 2011 side 1683 (Kløvtveit). I Kløvtveitsaken var det spørsmål om verdsettelsesmåten for fallrettigheter som ikke var separat utbyggbare, men der det ble lagt til grunn som påregnelig at de berørte falleierne ville gått sammen om den konsesjonssøkte løsningen dersom ekspropriasjonstiltaket tenkes borte. Førstvoterende uttaler i avsnitt 34 at salgsverdien da må settes til det som kan oppnås for de samlede fallrettighetene – også de som er ikke er separat utbyggbare – og at den oppnådde verdien må fordeles etter den forholdsmessige verdien av den enkeltes rettighet.
- (69) Denne samarbeidsmodellen bygger på en ren påregnelighetsvurdering av hvilken utnytting av fallene som ville ha funnet sted dersom ekspropriasjonstiltaket tenkes borte. Modellen er etter min oppfatning derfor ingen alternativ verdsettelsesmåte, men en metode for verdsettelse hvis et fellesprosjekt ville ha vært påregnelig.
- (70) I nærværende sak ville en felles utnyttelse av de samlede fallene ha en helt annen karakter enn i Kløvtveitdommen. Dette har sammenheng med at Otra Krafts eksisterende kraftanlegg vil inngå i fellesprosjektet. Et slikt samarbeid var ikke påberopt som påregnelig ved overskjønnet og er derfor ikke vurdert av lagmannsretten. Det ligger utenfor Høyesteretts kompetanse etter skjønnsprosessloven § 38 å prøve dette spørsmålet. Jeg nevner likevel at mye taler for at antall berørte falleiere – som vil være flere hundre – og kompleksitet, kostnader og risiko i et fellesprosjekt med en eksisterende utbygging som her, ville vanskeliggjort realiseringen av en slik modell.
- (71) Slik nærværende sak ligger an, finner jeg det etter dette klart at en samarbeidsmodell etter mønster av Kløvtveitdommen ikke gir grunnlag for å anse naturhestekraftmetoden uegnet som verdsettelsesmåte.
- (72) Den andre metoden bygger på en "objektivisert salgsverdi". Jeg oppfatter modellen slik at man i mangel av konkrete markedspriser for fallene i det enkelte prosjekt skal søke å finne frem til en slags normalpris med utgangspunkt i oppnådde priser for

sammenlignbare fall. Normalprisen skal så korrigeres for blant annet utbyggingskostnader som følge av at fallet ikke er separat utbyggbart, men forutsettes å inngå i en kompleks utvidelse av et eksisterende kraftanlegg.

- (73) Etter min oppfatning forteller behovet for å korrigere for kostnader dels at man allerede i utgangspunktet ikke har å gjøre med en sammenlignbar eiendom i ekspropriasjonerstatningsloven § 5s forstand, dels at man står overfor en svært vanskelig beregningsoppgave. Jeg ser det følgelig slik at bruk av denne modellen ikke vil være noe annet enn å erstatte naturhestekraftmetoden med en annen teoretisk beregning som, slik den er lagt opp, nødvendigvis vil måtte inneholde svært mange usikkerhetsfaktorer. Den objektiviserte salgsværdi representerer derfor neppe en mer egnet verdsettelsesmåte under dagens markedsforhold enn den tradisjonelle naturhestekraftmetoden. Her viser jeg også til at det som nevnt, skal en del til for å fravike en innarbeidet metode.
- (74) Jeg føyer til at de ankende parters krav har sitt utspring i at fallrettigheter ut fra dagens teknologiske og økonomiske muligheter har fått økt verdi, og at naturhestekraftmetoden når den anvendes slavisk, ikke uten videre fanger opp dette. Lagmannsretten har imidlertid i overskjønnet – i tråd med hva som har funnet sted i blant annet Gulating lagmannsretts overskjønn 10. februar 2009 vedrørende Saudefallene – benyttet middelvannføring og økt pris pr. naturhestekraft ved beregningen. Disse justeringene bidrar til at beregningen blir mer representativ for de tekniske og økonomiske ressursene i det enkelte fall.
- (75) Avslutningsvis nevner jeg at enhetsprisen pr. naturhestekraft skal fastsettes etter en totalvurdering der blant annet omkostningene ved utbygging, fallets beliggenhet og prisene for andre fall inngår, jf. Rt. 1997 side 1594. Det sentrale fra denne dommen er sitert i overskjønnet. Jeg forstår også lagmannsretten slik at den i sin avgjørelse generelt har bygget på 1997-dommen på dette punktet. Lagmannsrettens differensiering mellom Bjørnarå og Fjellskarå i pris pr. naturhestekraft til henholdsvis 730 kroner og 600 kroner harmonerer imidlertid ikke godt med disse utgangspunktene og savner forklaring. Otra Kraft har da også akseptert at enhetsprisen på 730 kroner skal legges til grunn for Fjellskarå. Det er ikke anket over lagmannsrettens saksbehandling ved anvendelsen av naturhestekraftmetoden, og spørsmålet om lagmannsrettens rettsanvendelse på akkurat dette punktet har stått perifert i de ankende parters prosedyre for Høyesterett. Jeg er etter dette kommet til at det ikke er tilstrekkelig grunn til å oppheve overskjønnet på dette grunnlag.
- (76) Anken har etter dette ikke ført frem. Otra Kraft og partshjelperen har fremsatt krav om sakskostnader for Høyesterett. Det har imidlertid foreligget tre høyesterettsdommer der hovedspørsmålet i saken her er blitt stående ubesvart. Derfor har det vært nødvendig med en prinsipiell avklaring av et rettslig spørsmål av betydning utenfor den foreliggende tvist. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes derfor ikke, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd, jf. skjønnsprosessloven § 54b første ledd.
- (77) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.

2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

(78) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(79) Dommer **Tønder:** Likeså.

(80) Dommer **Bergsjø:** Likeså.

(81) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(82) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: