

# Overskjønnet i Smibelg-saka. Ein illustrasjon av verknaden av endringa av frå «mest pårekneleg» til den «mest ressursoptimale» utnyttinga.

Katrine Broch Hauge

*Katrine Broch Hauge: The Smibelg-case. Illustrating the effect of a change in focus from the most expected use to the most resource optimal use in the valuation of the headrights.*

KART OG PLAN, Vol. 76, pp. 113–120, POB 5003, NO-1432 Ås, ISSN 0047-3278

This paper will give a report on the Smibelg-case. Then, discuss the Court of Appeals understanding of the «påreknelegkrav» regulating whether run of the river plants would have been granted a license, in accordance with the use of the term elsewhere in expropriation law. As a part of this discussion, it is interesting to analyze whether emphasis of the most resource-optimal use of the river, expressed in Otra Kraft II-judgment, reflects the legal basis for actually getting such a license. Further, it will contribute with some reflections on how it affects these cases that the Master Plan-regime is proposed to be called off, «St. 25 (2015-2016) Kraft til endring». Lastly, a short comment on the relation between this decision and the Norwegian Constitution section 105.

*Key words:* expropriation law, Master plan, constitutional property, water rights/headrights, run of the river plant, ownership.

*Katrine Broch Hauge*, Associate Professor, Department of Landscape Architecture and Spatial Planning, Norwegian University of Life Sciences. POB 5003, NO-1432 Ås. Katrine.Broch.Hauge@nmbu.

## 1. Innleiing og problemstilling

Temaet i denne artikkelen er rettsbruken i eit overskjønn i ei ekspropriasjonserstatnings-sak frå Hålogaland lagmannsrett. Overskjønnet er interessant fordi saka kan lesast som eit resultat av føringane som kom til uttrykk i Otra Kraft I-saka, Rt. 2010 s. 1056, om uttrykkeleg å ta omsyn til ei «optimal ressursutnytting» i påreknelegvurderinga i erstatningsutmålinga for fallrettar. Overskjønnet har dermed ei viss prinsipiell interesse. I Otra Kraft I-dommen avsnitt 36 vart det sagt fylgjande: «Det er etter mitt syn enkelte klare svakheter i skjønnsgrunnene, slik jeg her har beskrevet dem. For det første burde lagmannsretten 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.»

Overskjønnet er eit eigna utgangspunkt for å drøfta om påreknelegvurderinga blir snevra inn som fylgje av den pålagde vurderinga av ei

«optimal ressursutnytting». Ei slik drøfting er særleg interessant med tanke på at noko av grunngevinga til Høgsterett i Lena-dommen i si tid var knytt til Grl § 105. Å snevra inn ramme for i kva tilfelle ein i realiteten kan sjå bort frå planen, eller som her konsesjonen det blir oreigna på grunnlag av, kan altså støyta mot den praksisen som har vore etablert ut frå mellom anna omsynet til Grl § 105.

«Man kan se det slik at utbyggingsverdien som arealet har, overføres fra den private eier til det offentlige. Jeg anser det da vel begrunnet, og også best stemmende med budet i Grunnloven § 105 om full erstatning ved tvungen avståelse, at det sees bort fra den plan som det eksproprieres på grunnlag av, slik det etter mitt syn følger av lov og praksis.»<sup>1</sup>

Det er også interessant å studera saka fordi den syner korleis påreknelegvurderinga kan sjå ut i ei sak der det store kraftverket er unntatte frå handsaming etter Samla plan, sjå vedtak av 16. mars 2004 NVE (Noregs vassdrags- og energidirektorat). I det fylgjande vil eg først gjera greie for overskjønnet i Smibelg-saka. Et-

1. Rt. 1996 s. 521 (s. 540).

ter det drøftar eg om den forståinga overskjønnet legg til grunn av pårekelegkravet i spørsmålet om det alternative kraftverket ville ha fått konsesjon, harmonerer med bruken av vilkåret slik dette har vore praktisert og presisert elles i ekspropriasjonsretten. Som ein del av denne drøftinga er det interessant å sjå korleis vektlegginga av det «mest ressursoptimale», etter føringane i Otra Kraft II-dommen, harmonerer med det rettslege grunnlaget for faktisk å få konsesjon etter høvesvis vassressurslova § 25 eller vassdragsreguleringslova § 8. For det tredje er det interessant å gjera nokon refleksjonar om korleis det eventuelt kan koma til å påverka pårekelegvurderingane i saker av denne typen at i den nye energimelding, *Meld. St. 25 (2015–2016) Kraft til endring*, er det eksisterande «Samla plan»-systemet foreslått oppheva. Til slutt kjem eg attende til dei nemnde tilvisingane til Grl § 105 i Lena-dommen.

## 2. Presentasjon av Smibelg-saka.

Saka gjeld ei kraftutbygging i Rødøy og Lurøy kommune i Nordland, jf. vassdragsreguleringslova § 16. Partane i overskjønnet er SKS produksjon AS, Salten kraftsamband, mot 25 grunneigarar. Spørsmålet er kva erstatning grunneigarane skal ha for fallrettane som er oreigna for å realisera Smibelg-kraftverk. Skjønnsretten delte seg i eit fleirtal og eit mindretal i pårekelegspørsmålet. Formann i retten og tre skjønsmenn fann at det *ikkje* var pårekeleg at dei alternative småkraftverka ville ha blitt etablert om ein såg bort frå konsesjonssaka – Smibelg-kraftverk.

Før saka hamna i Hålogaland lagmannsrett vart den handsama av Rana tingrett. Tingretten fann det *ikkje* pårekeleg at nokon av dei identifiserte småkraftprosjekta, med unntak av eitt, var rekningssvarande. Rana tingrett fann det heller ikkje pårekeleg at nokon av dei alternative prosjekta ville ha fått konsesjon. Dermed vart erstatninga for dei 14 falla som er omfatta av saka utmålt etter naturhestekraftmetoden. Naturhestekraftmetoden er eit erstatningsprinsipp som blir nytta ved oreigning av fallrettar der det ikkje blir funne pårekeleg at falleigarane sjølve ville ha etablert eit alterna-

tivt kraftverk. Fordi skjønnsretten ikkje finn ei slik alternativ utnytting pårekeleg får falleigarane heller ikkje erstatta tapet av ei alternativ kraftutbygging.

Smibelg-saka vart forsøkt anka inn til Høgsterett, men slapp ikkje inn.<sup>2</sup> Ankeutvalet fann det klart at anken ikkje ville føra fram.

Partane har motsette oppfatningar av korleis skjønnsretten skal vurdera og leggja vekt på det faktiske ekspropriasjonstiltaket i den hypotetiske konsesjonsvurderinga. Kort sagt legg oreignaren til grunn at overskjønnsretten ikkje skal sjå bort frå den konkrete ressursutnyttinga til eksproprianten i pårekelegvurderinga. Konkret betyr det at sjølv om ein i spørsmålet om kva som er ei pårekeleg utvikling ser bort frå det aktuelle *ekspropriasjonstiltaket*, så skal ein ikkje sjå vekk frå den bruken eksproprianten gjer av vassdraget. Falleigarane på si side meiner at ein fullt ut må sjå bort også frå den konkrete bruken. Deira synspunkt er uttrykt som fylgjir: «Ved vurderingen av om det ville bli gitt konsesjon, skal det ses bort frå at SKS Produksjon har fått konsesjon og det konsesjonsgitte prosjekt som alternativ til småkraftutbygging, herunder at prosjektet eventuelt gir bedre ressursutnyttelse enn småkraftutbygging, jf. R.-2010-1056, jf. også Rt-2011-1683 avsnitt 31. Det skal etter ekspropriasjonserstatningsloven §§ 5 og 6 sees bort frå verdiendringer som følge av oreigningstiltaket.»

Overskjønnet presiser at hovudspørsmålet i saka er om «erstatningen for fallretter skal fastsettes på grunnlav av småkraftmetoden eller den tradisjonelle naturhestekraftmetoden». Og held vidare fram «utmåling av erstatning etter småkraftmetoden forutsetter at man kan legge til grunn separat utbygging som et realistisk og påregnelig alternativ, jf. Rt-2010-1523 avsnitt 34. Det må i prinsippet vurderes konkret for hvert av de seks vassdrag som omfattes av overskjønnet.»

Fleirtalet i overskjønnet kom til at separat utbygging ikkje er pårekeleg. Rettsleg utgangspunkt tek fleirtalet i vassressurslova § 8 jf. vassressurslova § 25. Det omtvista spørsmålet er om dei alternative små kraftverka kunne ha fått konsesjon.

Fleirtalet i overskjønnet formulerer si forståing av det rettslege utgangspunkt for den

2. HR-2015-1035-U.

aktuelle delen av pårekningsvurderinga på fylgjande måte: «Erstatning etter småkraftmetoden forutsetter at man kan legge separat utbygging til grunn som et realistisk og påregnelig alternativ. Ved denne vurderingen skal det ses bort fra [at] den gitte konsesjons bindende virkning, men det skal legges vekt på de hensyn som er relevante ved konsesjonsbehandling, som hensynet til optimal ressursutnyttelse og miljø. Det skal ved vurderingen ikke ses bort fra slik ressursutnyttelse som det konsesjonsgitte prosjekt bygger på.» I utgangspunktet synest altså vurderingstemaet overskjønnsretten har formulert å legge til rette for ei open vurdering, i tråd med det alminnelege pårekningskravet, av kva bruk av fallrettane som i framtida synest mest pårekningsleg.<sup>3</sup>

I den konkrete vurderinga går overskjønnet over til å referere vurderinga NVE gjorde av ei større samla utbygging samanlikna med ei utbygging av småkraftverk «i relasjon til hensynet til ressursoptimalisering og miljø...». NVE vurderte også om området framleis skulle vera urørt. For å illustrera konsekvensen for skjønnsvurderinga av den pålagde vurderinga av ei «optimal ressursutnytting», vil eg også her referera eit av avsnitta overskjønnet har teke inn i skjønnet frå resolusjonen til NVE:

«Ved vurderingen av ressursutnyttelse legger NVE vekt på både størrelse på produksjon og kvaliteten på kraften. Høy kvalitet på kraften tillegges vekt fordi NVE ser at en stor del av forventet tilgang på ny elektrisk kraft vil være uregulert kraft fra vindmøller og småkraftverk. NVE mener derfor det er viktig å fremme vannkraftprosjekter som utnytter eksisterende eller nye reguleringsmagasin, og som gir tilgang på regulert kraft. Sammenliknet med en ev. utbygging av småkraftverk i området vil, etter NVEs vurdering, Smibelg og Storåvatnet kraftverker gi størst produksjon og høyest kvalitet på kraften pga. regulering. NVE viser vidare til § 22 i vannressursloven og vil peke på at de omsøkte alternativ er avklart i forhold til Samlet Plan for vassdrag og Samlet Plan skal vektlegges ved behandling av søknad om konsesjon.» I overskjønnet blir også avsnitt som gjeld miljøulempene frå eit stort kraftverk samanlikna med 11 små kraftverk, og moglege avbøtande tiltak referert.

3. Sjå avsnitt 3.2 nedanfor.

Deretter viser overskjønnet kva vurdering OED gjorde av det same spørsmålet. Eg har her teke inn heile det refererte avsnittet frå overskjønnet, fordi eg finn det interessant for å syna korleis overskjønnet har bygd opp vurderinga av om «separat utbygging» kan legges «til grunn som et realistisk og påregnelig alternativ».

*«Utbygging som eit stort prosjekt eller mange små kraftverk*

*Departementet har vurdert om SKS Produksjon skal få konsesjon til kraftverka eller om det er meir føremålstenleg at området heilt eller delvis seinare blir bygd ut med fleire små kraftverk. Departementet har mellom anna legge vekt på verknadene for miljøet og på omsynet til best mogleg ressursutnytting.*

*SKS Produksjon AS sine prosjekt vil gje om lag 200 GWh i årleg produksjon, noko som er ein monaleg auke i produksjonen av fornybar kraft. Om lag 80 prosent, tilsvarende om lag 160 GWh, av dette vil vere regulert kraft. Til samanlikning er det forventat at ny utbygging av fornybar kraft i stor grad vil vere uregulert kraft frå vindturbinar og småkraftverk.*

*Departementet legg til grunn at SKS Produksjon sine prosjekt vil gje høgare produksjon og meir regulert kraft enn alternative småkraftverk. Prosjekta vil òg legge til rette for produksjon i toppplastperiodar.*

*Det er vanskeleg å samanlikne miljøverknadene av SKS Produksjon sine prosjekt og andre moglege småkraftprosjekt sidan det ikkje er klart kva for prosjekt som da vert realisert og verknadene av utbyggingene. Departementet legg til grunn at eit stort prosjekt ofte har mindre miljølempene enn mange små prosjekt med tilhøyrande infrastruktur som røyrgater, kraftstasjonar og nettilknytting.*

*Departementet vil også vise til at det etter vassressurslova § 22 skal vektleggast at eit vassdrag er avklart i Samla Plan for vassdrag og at Samla Plan skal vektleggast ved handsaming av søknad om konsesjon. Prosjekta er avklart i Samla Plan. Rødøy kommune vil ved eit stort prosjekt få større inntekter gjennom vilkår om konsesjonsavgifter, næringsfond og konsesjonskraft enn ved mange små prosjekt.»*

Fleirtalet poengterer at overskjønnet naturleg nok ikkje er bundne til desse vurderingane, men at dei likevel har valt å referere vurderingane fordi dei som overskjønnet sjølv uttrykkjer, i stor grad er samanfallande («samsvarer godt») med overskjønnet sitt syn på dei same spørsmåla. Spørsmål fleirtalet formulerer som «forholdet mellom den ressursutnyttingsmodell som SKS Produksjons prosjekt bygger på, og småkraftalternativene i relasjon til hensynet til ressursoptimalisering og miljø.»

Den store utbygginga vil etter oppfatninga til fleirtalet gi både ei betre og meir ressursoptimal utnytting av vassressursane for kraftproduksjonsføremål enn ei utbygging av småkraftverk i dei ulike vassdraga. Fleirtalet deler også konsesjonsstyresmaktene si vurdering av miljøverknadene til den store utbygginga samanlikna med fleire mindre småkraftutbyggingar. SKS produksjon har tidlegare forkasta eit prosjekt med fleire småkraftverk som eit dårlegare alternativ både med tanke på økonomi og miljø. Som støttteargument for konklusjonen syner fleirtalet syner også til dei skattemessige konsekvensane av dei to alternativa.

«Flertallet, som tingretten, er etter dette kommet til at det ikke er påregnelig, selv om man ser bort frå den konsesjon som er gitt til SKS Produksjon, at det ville blitt gitt konsesjon for bygging av småkraftverk i de berørte vassdrag.»

Synspunkta til mindretalet:

Ein skjønnsmann fann det på den andre sida pårekeleg med bygging av småkraftverk i dei vassdraga som er omfatta av overskjønnet. For ei betre forståing av saka er det av interesse å sjå nærare også på synspunkta til mindretalet. Mindretalet ser det slik at dei alternative småkraftverka, sett bort frå konsesjonen til Smibelg kraftverk, kunne ha fått konsesjon. Mindretalet peikar mellom anna på at Smibelg kraftverk ikkje er del av Samla plan, og på at det aktuelle vitnet frå NVE, konsesjonsstyresmakt for dei små kraftverka, har stadfesta at eit prosjekt som Smibelg kraftverk *ikkje* er noko NVE sjølv ville ha kome fram med i ei eventuell konsesjonshandsaming av dei små kraftverka. «Flatby bekreftet at NVE ikke selv ville ha vurdert SKS sitt prosjekt om det ikke var konsesjonssøkt, og at de utan slik søknad

ville ha behandlet småkraftsøknader frå grunneierne på ordinær måte.»

Mindretalet finn det naudsynt å vurdere kvart småkraftprosjekt for seg med omsyn til om det er pårekeleg at det vil bli realisert, og peikar deretter på ein del føresetnader i NVE si vurdering av dei ulike småkraftprosjekta som etter oppfatninga til mindretalet burde vore annleis. Det sentrale å få fram her er likevel korleis mindretalet formulerer utgangspunktet for pårekelegvurderinga. Ei formulering som i utgangspunktet synest å vera tråd med det alminnelege pårekelegkravet, og kanskje også i større grad i samsvar med korleis NVE handhevar konsesjonsplikta for små kraftverk etter vassressurslova § 8 jf. § 25. Mindretalet gir uttrykk for fylgjande utgangspunkt for vurderinga:

«Ved vurdering av konsesjon vurderes fordelene opp mot ulemper for det enkelte prosjekt. I senere tid har det også blitt mer vanlig at NVE vurderer sumvirkninger i et område. Selv om det ikke er spesielle forhold ved de enkelte småkraftprosjektene som tilsier at de ikke ville ha fått konsesjon, vurderes det likevel ikke som sannsynlig at alle prosjekter ville fått konsesjon. Ved vurderingen av påregnelighet vurderer mindretallet om det er over eller under 50 % sannsynlig at det enkelte prosjekt ville ha fått konsesjon. ...»

Det er nettopp tilhøvet til det som kan omstalast som innhaldet i det alminnelege pårekelegkravet og tilhøvet til lovgrunnlaget for å få konsesjon for eit lite kraftverk eg skal drøfta nedanfor. Mindretalet fann det til slutt pårekeleg at 5 av 6 små kraftverk kunne ha fått konsesjon om ein såg bort frå den bindande konsesjonen til Smibelg kraftverk. Eg vil ikkje ta føre meg den konkrete erstattingsutmålinga til dei kraftverka som vart funne pårekelege i denne artikkelen.

### **3. Drøfting av samanhengen mellom kravet til «mest optimal ressursutnytting» og det alminnelege kravet til ei pårekeleg utnytting i lys av Smibelg-saka**

#### **3.1 Kvifor sjå bort frå ein «bindande konsesjon» i utmåling av ekspropriasjonserstatning?**

Før eg kjem til hovudspørsmålet i artikkelen om kva kravet til å vurdere «optimal res-

sursutnytting» har å seia for pårekelegvurderinga i desse sakene, er det grunn til heilt kort å kommentera korleis startpunktet for det som kan omtalast som den rettslege delen av pårekelegvurderinga i denne saka skil seg frå andre vasskraftsaker der det er oreigna til eit stort kraftverk.

Smibelg kraftverk er *ikkje* opphavleg innteke i Samla plan-systemet. Smibelg kraftverk fekk i 2004 fritak frå å bli handsama i Samla plan.<sup>4</sup> Det at kraftverk anten blir klarert for å kunne søke om konsesjon, eller kraftverk som ikkje tidlegare har vore omfatta av planen får fritak synest i dag ikkje uvanleg.<sup>5</sup> Etter Otra Kraft I-dommen har det vore klart at ein i oreigningsretten skal sjå på samanheng mellom konsesjon og Samla plan på same måte som ved oreigning til føremon for «offentleg anlegg» i sokalla «tilegnelsesreguleringer».<sup>6</sup> Noko anna er at det også i den alminnelege ekspropriasjonsretten kan oppstå mange spørsmål med omsyn til kva tilfelle som fell innanfor denne unntaksregelen frå å leggja til grunn bindande plan, og i kva saker aktuell reguleringsplan skal leggjast til grunn fullt ut i utmåling av ekspropriasjonserstatninga. Der tiltaket er del av Samla plan kan ein altså sjå samanheng mellom planen og konsesjonen som ein parallell til bandlegginga av arealet som skjer gjennom t.d. ein reguleringsplan. Sidan Lena-dommen, Rt. 1996 s. 521, har det vore klart at ein skal sjå bort frå reguleringsplanen som legg til rette for ekspropriasjonstiltaket i pårekelegvurderinga som del av erstatningsutmålinga for oreigning av arealet i desse sakene.

Resonnementet til Høgsterett i Lena-dommen var sentralt då Høgsterett vurderte samanheng mellom Samla plan, konsesjonen og oreigningstiltaket også i Otra Kraft I-dommen.<sup>7</sup> Otra Kraft I gjorde det altså klart at ein skal sjå bort frå oreigningstiltaket, på same måte som det elles i ekspropriasjonsretten

har vore klart etter Lena-dommen. I denne saka er altså tiltaket *ikkje* del av Samla plan. Derfor startar den rettslege pårekelegvurderinga med at ein som overskjønnsretten seier «[v]ed denne vurderingen skal det ses bort fra at det den gitte konsesjons bindende virkning, men det skal legges vekt på de hensyn som er relevante ved konsesjonsbehandling, som hensynet til optimal ressursutnyttelse og miljø. Det skal ved vurderingen ikke sees bort fra slik ressursutnyttelse som det konsesjonsgitte prosjekt bygger på.»

### 3.2 Kva er innhaldet i kravet til pårekeleg utnytting?

Det fell utanfor rammane til denne vesle kommentaren å gi ei uttømmende utgreiing av pårekelegkravet i ekspropriasjonsretten. Eg må nøya meg med å peika på visse utgangspunkt, for deretter å drøfta Smibelg-saka på bakgrunn av desse.<sup>8</sup> I spørsmålet om kva som er ein pårekeleg bruk av ein eigedom i framtida er det den mest sannsynlege bruken som skal leggjast til grunn i den vidare verdsetjinga. Dette gjeld både den faktiske og rettslege delen av pårekelegvurderinga.<sup>9</sup> I teorien er det peika på at dette utgangspunktet kan gi meir problematiske utslag ved utmåling av salsverdi. Forklaringa er at ein usikker utbyggingsmulighet i framtida også kan påverka marknadsprisen i dag.<sup>10</sup>

I rettsutviklinga som har vore når det gjeld erstatningsutmålinga ved oreigning av fallrettar har det kome til uttrykk poeng som er relevante for pårekelegvurderinga. Både i Kløvtveit-dommen, og i Otra Kraft II-dommen har ein lagt til grunn eit «eigarperspektiv» i vurderinga sjølv om det var tale om å utmåla salsverdi.<sup>11</sup> Det kan mellom anna bety at slike potensielle bruksendringar som kan koma i framtida ikkje får så mykje å seia i den nærare vurderinga. Når det gjeld spørsmålet om eit alternativt kraftverk ville ha

4. Sjå vedtak av 16. mars 2004 frå NVE.

5. Meld St. 25 (2015-2016) s. 188.

6. Meir utførleg om dette Katrine Broch Hauge, *Fallrettar og ekspropriasjonserstatning*, Universitetsforlaget, 2016 s. 227 flg.

7. Rt. 2010 s. 1056.

8. Hauge (2016) s. 187 flg. Eg drøftar her innhaldet i pårekelegkravet på området for oreigning av fallrettar i lys av ein teoretisk målestokk.

9. Anja Ankerud, «Reguleringsplanens betydning for ekspropriasjonserstatningen – særleg om veier og andre offentlige anlegg» i Endre Stavang (red.) *Ekspropriasjon*, 2015 s. 243–343 (s. 248).

10. Ibid, s. 249.

11. Hauge (2016) s. 201 flg.

fått konsesjon gjeld i utgangspunktet det alminnelege pårekelegkravet.<sup>12</sup>

Frå den alminnelege ekspropriasjonsretten er det også relevant å trekkja fram synspunkt om korleis eldre reguleringsplanar skal handterast. Poenget er at heller ikkje i tilfelle der ein skal sjå bort frå reguleringsplanen t.d. på grunn av oreigning til føremon for «offentlege anlegg» så er det slik at ein automatisk får erstatning for utbyggingsverdien. I teorien er det uttrykt fylgjande om dette spørsmålet «... at underliggende arealplaner har vesentlig betydning i vurderingen av om slik overvekt av sannsynlighet foreligger.»<sup>13</sup> Ankerud drøftar også rettstilstanden for tilfelle der det *ikkje* ligg føre slik eldre arealplanar i eit område. Ho poengterer at i desse tilfella blir vurderinga meir open, og avsluttar med fylgjande oppsummering: «Selv om det ikke foreligger bindende eldre planer, vil det svært ofte foreligge planutkast eller ikke-bindende planer som kan få betydning i vurderingen. Det er tale om en totalvurdering av hva eiendommen ville blitt regulert til dersom den ikke hadde blitt lagt ut til offentlig formål. Spørsmålet må avgjøres ut ifra eiendommens karakter og beliggenhet, og det må ses hen til naboeiendommene, gjeldende lovgivning og de bestående reguleringspolitiske holdninger i samfunnet.»<sup>14</sup>

### **3.3. Korleis harmonerer vurderinga til fleirtalet i overskjønnsretten med det alminnelege innhaldet i pårekelegkravet?**

Det er altså i ein slik meir open situasjon der det ikkje ligg føre bindande eldre planar ein står i når overskjønnsretten i denne saka skal gjera si vurdering av om det er mogleg at dei alternative små kraftverka ville ha fått konsesjon i Smibelg-saka.

Som nemnt over legg startpunktet som fleirtalet i overskjønnsretten formulerte godt til rette for ei slik open vurdering. Når skjønnsretten kjem til den konkrete vurderinga så er det likevel ikkje ei vurdering av om eit eller fleire av dei alternative kraftverket kunne ha fått konsesjon ein kan lesa. Det

skjønnsretten har gjort er i all hovudsak ei vurdering av kva som er å føretrekkja – og dermed kva som er å rekna som pårekeleg – om ein *samanliknar* det store ekspropriasjonskraftverket med ei utbygging av dei små kraftverka. Vurderinga blir truleg bygt opp på denne måten nettopp fordi ein særleg skal ta omsyn til ei «optimal ressursutnytting» jf. Otra kraft I-dommen. Tilnærminga synest naturleg i lys av det fleirtalet i overskjønnet med tilvising til Høgsterett, votumet til mindretalet i Høgsterett, skriv om vasskraftkonsesjonar: «Vannkraftkonsesjonen er, som framhevet av dommer Stabel i Rt-2010-1056 (avsnitt 62), «med nødvendighet et begrenset gode.» Med det som utgangspunkt og i lys av de hensyn som skal varetas gjennom konsesjonsbehandlingen, er det vanskelig å se at en utbyggingsverdi for kraftproduksjon i småkraftverk kan anses etablert på eierens hånd med mindre slik utbygging også i ressurs- og miljøsammenheng representerer den mest optimale utnyttelsesmåten.»

Det er interessant å spørja korleis dei momenta som til vanleg vil inngå ei slik vurdering, sjå avsnittet over, blir ivaretekne med denne tilnærminga. Korleis tek overskjønnsretten til dømes stilling til «eiendommens karakter og beliggenhet», «naboeiendommene», «gjeldende lovgivning» og «bestående reguleringspolitiske holdninger i samfunnet»?<sup>15</sup>

Med referanse til NVE og OED sine vurderingar tek overskjønnsretten mellom anna omsyn til at den store utbygginga er meir ressursoptimal enn dei små kraftverka. Overskjønnet uttrykker: «Den vil gi høyere produksjon, klart høyere kvalitet på kraften, om lag 80 % regulerbar kraft som kan produseres om vinteren, og vil legge til rette for produksjon i topplastperioder.» Desse orda seier heilt klart noko om karakteren til eigedomen, men den seier ikkje noko om at vassressursane isolert sett også er eigna til å byggja små kraftverk. Rett nok er det ikkje nok at ein ressurs eller eigedom generelt er eigna til ein viss bruk for å nå fram i pårekelegvurderinga.<sup>16</sup> Nokon ord om at også den alternative bruken i ut-

12. Rt. 2010 s. 1056, avsnitt 34.

13. Ankerud s. 254.

14. Ankerud s. 255.

15. Op.cit.

16. Rt. 1998 s. 29. «Et generelt behov for rigggarealer for ulike byggetiltak i Oslo tilfredsstillter ikke kravet til påregnelighet når det gjelder bruken av de arealer saken gjelder».

gangspunktet kan vera aktuell høyrer heime i vurderinga. Det at det store kraftverket har færre negative miljøverknader enn ei utbygging av dei små kraftverka er også noko overskjønnet uttrykkjer at dei er enig med konsesjonsstyresmaktene i. Noko meir sjølvstendig vurdering eller drøfting av haldninga til høvesvis NVE og OED i dette spørsmålet kan eg ikkje sjå. Kanskje er det grunn for å spørje om det med vektlegginga av omsynet til ei optimal ressursutnytting i det heile er mogleg for skjønnsretten å koma til eit anna resultat i den hypotetiske konsesjonsvurderinga enn det konsesjonsstyresmaktene har gjort i handsaminga av ekspropriasjonstiltaket. Om så er tilfelle kan ein seia at konsesjonsstyresmaktene med å gi konsesjonen i realiteten også fastset erstatningsnivået i desse sakene.

Det er altså vanskeleg å finne att dei momenta som ei pårekelegvurdering gjerne kan innehalde i den konkrete vurderinga til skjønnsretten. Ein del av dette er naturleg i lys av saksfeltet, og i lys av det er tale om ei hypotetisk konsesjonsvurdering. På bakgrunn av denne observasjonen er det freistande å spørja om vurderinga til overskjønnsretten så ein-sidedig *må* vera retta mot vurderinga om kva for ei av dei to utnyttingsformene som er «mest ressursoptimal». Spørsmålet er altså om det er naudsynt å praktisera ei så ein-sidede pårekelegvurdering for å vera i tråd med føringane frå Høgsterett i Otra Kraft I-dommen? Eg er usikker på om uttrykket til Høgsterett i Otra kraft I-dommen om å ta særleg omsyn til ei optimal ressursutnytting, også må bety at dette omsynet skal vera i førarsetet på den måten som det er i overskjønnet i Smibelg-saka. Kanskje handlar skjønnsretten framleis innanfor føringane til Høgsterett om retten i vurderinga først spurde om det var pårekeleg at det alternative kraftverket kunne ha fått konsesjon slik vassressurslova § 25 blir handheva på skjønnsstidspunktet. Etter eit eventuelt positivt svar i den hypotetiske konsesjonsvurderinga, der den aktuelle eksproprierte eigedomen var undergitt ei meir sjølvstendig vurdering, kunne omsynet til ei optimal ressursutnytting i staden kome inn som eit kontrollspørsmål for å vurdere om det er naudsynt å likevel å koma til ein annan konklusjon. Ei slik tilnærming synest også i

godt samsvar med føringane frå førearbeida om at det i vurdering av eigedomen skal skje ei totalvurdering.<sup>17</sup>

Korleis høyrer så kravet til «optimal ressursutnytting» heime i vassressurslova § 25? Spørsmålet overskjønnsretten drøftar er altså om det er pårekeleg at fleire småkraftverk ville ha blitt realisert om ikkje Smibelg-kraftverk alt hadde fått konsesjon. Bygging av eit småkraftverk krev konsesjon etter vassressurslova § 8, og konsesjon kan ein berre få om vilkåra i vassressurslova § 25 er oppfylt.

Vassressurslova § 25 lyder:

*«Konsesjon kan bare gis hvis fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser som blir berørt i vassdraget eller nedbørfeltet. Når et tiltak er av varig karakter eller av andre grunner kan få mer langsiktige virkninger, skal kravet i første ledd være oppfylt på lengre sikt.»*

Utfordringa for skjønnsretten er at ein i denne vurderinga uttrykkeleg må undersøke om omsynet til ei optimal ressursutnytting er til hinder for at konsesjon blir gjeven. Det er vanskeleg å sjå det slik at føringa ikkje fører til ei mindre samansett vurdering enn det lovgivar i utgangspunktet har teke sikte på med vassressurslova § 25. På den andre sida kan ein heller ikkje seia at ei slik vektlegging fell utanfor det lovlege vurderingstemaet i vassressurslova § 25. Problemet er altså samanhengen mellom ei slik vektlegging i den hypotetiske konsesjonsvurderinga i ekspropriasjonsretten, og dei faktiske konsesjonsvurderingane. Ei reell konsesjonsvurdering kan vanskeleg tenkjast utan at ein ser nærare på føremoner og ulemper ved det konkrete småkraftverket. Om vektlegginga av ei optimal ressursutnytting fører til at småkraftsakene i dei hypotetiske konsesjonsvurderingane gjennomgåande blir vurdert annleis enn om det hadde vore tale om ei reell konsesjonsvurdering, utfordrar det tilhøvet til den alminnelege forståinga av pårekelegvilkåret i ekspropriasjonsretten.

### 3.4 Forslag om å oppheva Samla plan

Omsynet til ei «optimal ressursutnytting» vart av Høgsterett trekt fram fordi det danna

17. Ot. prp. nr. 50 (1982-83) s. 53.

det reelle grunnlaget for utbyggingsplane i Samla plan, jf. Otra Kraft I. Nyss er Samla plan systemet foreslått oppheva.<sup>18</sup> Hovudmotivasjonen synest å vera at Samla plan i dag har liten praktisk nytte.<sup>19</sup> I energimeldinga kan ein lesa: «Den resterende prosjektporteføljen er liten, og planen er ikke oppdatert siden siste behandling i Stortinget i 1993.»<sup>20</sup> Dermed kan også noko av det formelle grunnlaget for å leggja så stor vekt på dette omsynet i den hypotetiske pårekelegvurderinga i ekspropriasjonserstatningsutmålinga bli endra. Eit spørsmål er av den grunn om dei store utbyggingane også vil få ein svakare posisjon når det kjem til dei konkrete pårekelegvurderingane samanlikna med i dag. Som vist i avsnitt 3.2 er andre «reguleringspolitiske» omsyn også relevante for skjønnsretten å leggja vekt på i pårekelegvurderinga. Fokuset på føremonene med store kraftverk i energimeldinga, sjå til dømes side 188, vil dermed truleg avbøta mykje på dette til føremon for eksproprietanten ved etablering av store kraftverk. Om det å særleg ta omsyn til ei «optimal ressursutnytting» framleis skal vera relevant, bør nok likevel skjønnsrettane sørge for å undersøke om ei slik rettesnor har kome til uttrykk også for den reelle konsesjonshandsaminga.

### 3.5 Unntaksregelen og Grl § 105

I dei tilfella skjønnsretten så kjem til at det *ikkje* er pårekeleg at eit tenkt kraftverk ville fått konsesjon, er det avslutningsvis grunn til å spørja om det endrar på det omstende som kan lesast som hovudmotivasjonen for å innføra regelen om at ein skal sjå bort frå bindande planar, eller som her ein konsesjon, ved sokalla tilegnelsesreguleringar. Hovudmotivasjonen til Høgsterett for å gjera bruk av unntaket synest å vera at utbyggingsverdien til eit område blir overført frå eksproprietar til eksproprietar. Det leier meg over til det siste spørsmålet eg vil ta opp her, nemlig at det

også vart oppfatta å vera i best samsvar med Grl § 105 («vel begrunnet, og også best stemmende med budet i Grunnloven § 105 om full erstatning») å sjå bort frå reguleringsplanen det vart oreigna etter i Lena-dommen. I Otra Kraft I-dommen refererer førstvoterande også til avsnitt i Lena-dommen om tilhøvet til Grunnlova. Førstvoterande nyttar fylgjande uttrykk om kvifor ein i visse tilfelle ser bort frå bindande plan ved oreigning til offentlege anlegg: «Når lagmannsretten valgte å se bort fra Samlet plan, var dette altså basert på den lære at man i noen sammenhenger – **av hensyn til å oppnå en riktig verdifastsettelse** – må se bort fra de grenser for påregnelig alternativ utnyttelse som ligger i en bindende arealplan.»<sup>21</sup> [Mi utheving.]

Det er seinare teke til orde for at det ikkje vil vera i strid med Grl § 105 å vedta ein lovregel om at reguleringsplanen skal leggjast til grunn også ved oreigning til offentlege anlegg.<sup>22</sup> Ankerud drøftar i si avhandling spørsmålet og syner til at omsyna bak unntaksregelen om å sjå bort frå reguleringsplan ved oreigning til offentlege anlegg langt på veg er omsyna som ligg til grunn for kravet om «full erstatning» i Grunnlova.<sup>23</sup> Med dette synspunktet argumenterer ho for at det kan hevdist å vera i strid med dei grunnleggjande omsyna bak Grunnlova å innføra ein regel om alltid å leggja til grunn reguleringsplanen også ved oreigning til offentlege anlegg. Ein slik regel er formelt eller eksplisitt ikkje innført ved oreigning av fallrettar. Høgsterett har *ikkje* sagt at ein skal leggja til grunn den bindande konsesjonen i pårekelegvurderinga. Overskjønnet i Smibelg-saka kan likevel tyda på at rettstilstanden, med den tolkinga skjønnsretten her har gjort av føringane frå Høgsterett om særleg å ta omsyn til ei optimal ressursutnytting, i praksis ikkje ligg så langt frå ein slik regel. På denne bakgrunn meiner eg det er uheldig at overskjønnet i Smibelg-saka ikkje slapp inn for Høgsterett.

18. Meld. St. 25 (2015–2016) s. 188.

19. Op.cit.

20. Op.cit.

21. Rt. 2010 s. 1056 avsnitt 40.

22. NOU 2003:29 s. 36.

23. Ankerud s. 276-277.