



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

Innkomet

05 NOV 2009

DOM

Avsagt: 04.11.2009 i Eidsivating lagmannsrett,

Saksnr.: 09-060039ASD-ELAG/

Dommer:

Lagdommer
Lagmann
Ekstraordinær
lagdommer

Fritz Borgenholt
Torolv Groseth
Jan Erik Aarsland Olsson

Ankende part
Ankende part

Eidsiva Vannkraft AS
Opplandskraft DA

Advokat Jon Rabben
Advokat Jon Rabben

Ankemotpart

Rørros Kommune

Advokat Ulf Martin Veel
Larsen

Saken gjelder krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgift og tilleggsbetaling på grunn av for mye levert konsesjonskraft.

1. Saksframstilling:

Røros kommune har siden reguleringen av Aursunden mottatt konsesjonsavgift og konsesjonskraft. Konsesjonen utløp 13.5.1986. Glommen og Laagens Brukseierforening fikk 2.7.1987 tillatelse til midlertidig regulering av Aursunden.

Av Olje- og energidepartementets vedtak fremgår bla:

Til tross for at spørsmålet om overføring av Aursundsreguleringen fra staten til Glommens og Laagens Brukseierforening har vært til behandling helt fra 1970, er tillatelsens gyldighetsdato 13.05.86 passert.

Departementet går inn for at Glommens og Laagens Brukseierforening likevel kan fortsette reguleringen i henhold til de vilkår som er fastsatt i kgl. res. 13.05.1921 og kgl. res. 14.04 1939 inntil hele konsesjonsspørsmålet er avgjort. Departementet vil presisere at de endrede vilkår som evt. gis i tilfelle av fortsatt konsesjon likevel vil bli gjort gjeldende fra 13.05.86.

I tiden som fulgte ble konsesjonsavgift betalt og konsesjonskraft levert ut fra hva som var fastsatt etter den tidligere konsesjonen.

I 1989 søkte Glommens og Laagens Brukseierforening om ny konsesjon for regulering av Aursunden. Søknaden gjaldt overdragelse av den gjeldende statsregulering til Glommens og Laagens Brukseierforening som ordinær vassdragsregulering, og offentlig høringsrunde ble innledet.

Den 21.12.1992 fattet Norges vassdrags- og energiverk vedtak om ny fordelingen av konsesjonsavgiften mellom de berørte kommuner. Det fremgår av vedtaket at den fastsatte fordelingen gjaldt for perioden 13.5.1986 til 31.12.1995. Vedtaket medførte at noen kommuner hadde fått utbetalt for mye i konsesjonsavgift i perioden fra 1986 til vedtaket ble fattet, mens andre kommuner – herunder Røros kommune – hadde fått for lite konsesjonsavgift i samme periode. Vedtaket ble påklaget av Alvdal kommune, men klagen ble ikke tatt til følge ved Nærings- og energidepartementets vedtak av 2.11.1993.

Tolga kommunes andel av konsesjonsavgiften var gjennom vedtaket av 21.12.1992 satt ned fra 10% til 3%, og Tolga kommune ba i brev av 9.3.1994 bla om redegjørelse for plikten til å tilbakebetale for mye mottatt konsesjonsavgift. Norges vassdrags- og energiverk uttalte i brev av 13.7.1994 at det forelå plikt til tilbakebetaling, og at beløpet skulle overføres til Røros kommune som ved den nye fordelingen hadde fått en større prosentandel av konsesjonsavgiften, og derfor hadde fått for lite utbetalt i konsesjonsavgift

i tiden fra 1986 til det nye fordelingsvedtaket. Norges vassdrags- og energiverk viste også til at Røros kommune allerede hadde mottatt tilbakebetaling fra Os kommune som var blandt de kommuner som etter vedtaket fikk en mindre prosentandel.

Tidsubegrenset konsesjon til forlengelse av reguleringen ble gitt ved kgl. res. av 18.7.1997. Til grunn for konsesjonen lå St prp nr 48 for 1996-97.

I konsesjonsvedtaket var det inntatt vilkår om betaling av konsesjonsavgift til Staten og de berørte kommuner, samt levering av konsesjonskraft til kommunene.

Konsesjonsavgiftssatsene ble økt vesentlig og konsesjonæren ble pålagt å etterbetale differansen med virkning fra 13.5.1986, med tillegg av renter, som i proposisjonen var satt til 12% fra 1986 til 1.1.94 og etter dette 8%.

Nytt kraftgrunnlag var ennå ikke fastsatt.

Den 7.11.1997 underrettet Norges vassdrags- og energiverk de berørte kommunene – herunder Røros kommune – om etterberegningen, og skrev bla følgende:

Denne etterbetaling skyldes den nye avgiftssats alene. Vi tar forbehold om å etterberegne avgiften på nytt når eventuelle nye kraftøkninger foreligger. Hvilken rente som skal benyttes etter 30.11.97 kommer vi tilbake til senere.

Etter at konsesjon forelå den 18.7.1997, begynte Norges vassdrags- og energiverk arbeidet med fastsettelse av nytt kraftgrunnlag, som er avgjørende for hvor mye konsesjonsavgift som skal betales og mengden konsesjonskraft som skal leveres.

Våren 1999 ble det inngått ny kontrakt – gjeldende fra 1.1.1998 – mellom Kraftlaget Opplandskraft og Røros kommune vedrørende levering av konsesjonskraft.

Den 1.12.2000 sendte Norges vassdrags- og energiverk sitt årlige brev til de berørte kommunene med spesifikasjon av konsesjonsavgift for 2000. Av brevet fremgår videre:

Dersom delingsperioden er utløpt og ny deling mellom kommuner ennå ikke er foretatt, vil avgiften inntil videre bli utbetalt med samme fordeling som før hvis ikke annet fremgår. Det forutsettes senere oppgjør med tilbakevirkende kraft, dersom den tidligere delingen skulle bli endret,

Viser det seg at kommuner har fått for mye utbetalt, må beløpet tilbakebetales. Det vil da bli krevd renter for den perioden kommunen har disponert beløpet.

Vedtaket om nytt kraftgrunnlag og fordeling av konsesjonsavgifter ble truffet av Norges vassdrags- og energiverk den 29.10.2003. Samme dag ble det fattet vedtak om ny fordeling av konsesjonskraft.

Røros kommune hadde ved det nye vedtaket fått tildelt en vesentlig lavere prosentdel av de samlede konsesjonsavgiftene enn hva de hadde hatt tidligere, og påklaget vedtaket. Olje- og energidepartementet behandlet klagen i vedtak av 1.4.2005, og Norges vassdrags- og energiverks vedtak ble opphevet og sendt tilbake til ny behandling under henvisning til departementets retningslinjer. Norges vassdrags- og energiverk fastsatte nytt kraftgrunnlag og fordeling av konsesjonsavgifter i vedtak av 20.9.2006. Det endelige kraftgrunnlaget var lavere enn det som hadde vært benyttet etter utløpet av den forrige konsesjon i 1986, noe som medførte at flere kommuner – herunder Røros kommune - hadde mottatt for mye konsesjonsavgift, og for stort kvantum konsesjonskraft i den mellomliggende perioden. Norges vassdrags- og energiverk foretok også en etterregning av konsesjonsavgiften på bakgrunn av det nye kraftgrunnlaget.

Fordelingen av konsesjonskraft, vedtatt 29.10.2003, var ikke blitt påklaget, men reduksjonen i kraftgrunnlaget medførte mindre konsesjonskraft til fordeling på kommunene.

Røros kommune klaget over at den var pålagt å betale et større beløp tilbake til kraftprodusentene.

Departementet traff vedtak 5.12.2007, og uttalte bla:

Departementets og NVEs rolle i denne sammenheng er etter departementets oppfatning å forvalte det konsesjonsrettslige rammeverket. Dette innebærer her først og fremst å fastsette kraftgrunnlaget. Som nevnt ovenfor innebærer det nye kraftgrunnlaget imidlertid at det i denne saken er misforhold mellom betalte og mottatte konsesjonsavgifter for de involverte for det gjeldende tidsrommet. Etter departementets mening regulerer det konsesjonsrettslige rammeverket bare kraftverkenes plikt til å etterbetale skyldig konsesjonsavgift til kommunene, og ikke kommunenes eventuelle plikt til å tilbakebetale for mye mottatt konsesjonsavgift fra kraftselskapene. I mangel av offentligrettslig regulering, må et etteroppgjør dermed følge privatrettslige regler. Etter departementets vurdering kan ikke vassdragsmyndighetene med bindende virkning treffe vedtak om denne tilbakebetalingen, og da heller ikke spørsmålene i den forbindelse om foreldelse, rente m.v. På denne bakgrunn oppheves NVEs vedtak i den grad vedtaket gjelder privatrettslige spørsmål knyttet til kommunenes eventuelle plikter til å tilbakebetale for mye mottatt konsesjonsavgift, da det etter departementets oppfatning ikke tilligger vassdragsmyndighetene å ta stilling til dette.

Ut fra dette ble Norges vassdrags- og energiverks vedtak om etteroppgjør opphevet.

Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS fremsatte den 21.12.2007 motregningserklæring overfor Røros kommune i konsesjonsavgiften for 2007. Senere ble det erklært motregning i forhold til konsesjonsavgiften for 2008. Det ble krevd tilbakebetalt for mye utbetalt konsesjonsavgift ut fra det nye kraftgrunnlaget, fra den forrige konsesjonen utløp, og det ble krevd tilleggsbetaling fra og med 1987 for den mengde konsesjonskraft som er levert for mye. Det ble også krevd renter på beløpene.

Røros kommune anførte at det ikke var grunnlag for å kreve tilleggs- eller tilbakebetaling samt renter, at kravene i det vesentlige var foreldet, og at det ikke var adgang til å foreta motregning.

Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS tok ut forliksklage mot Røros kommune og saken ble henvist til retten.

Røros kommune brakte saken inn for Sør-Gudbrandsdal tingrett.

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar har erklært partshjelp til støtte for Røros kommune både for tingrett og lagmannsrett, og lagt ned sammenfallende påstand med Røros kommune.

Sør-Gudbrandsdal tingrett avsa den 14.1.2009 dom med slik domsslutning:

Hovedsøksmålet:

1. Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS dømmes til å betale kr 1.154.968 i skyldige konsesjonsavgifter til Røros kommune med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 29. desember 2007 til betaling skjer.
2. Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS har ikke krav på tilbakebetaling av konsesjonsavgifter eller krav på tilleggsbetaling for konsesjonskraft av Røros kommune i forbindelse med betaling av konsesjonsavgifter og levering av konsesjonskraft i henhold til reguleringskonsesjon for Aursunden fastsatt ved kgl. res. av 18. juli 1997 for perioden 1986-2007.

Motsøksmålet:

Røros kommune frifinnes.

Saksomkostninger:

Saksomkostninger tilkjennes ikke.

Tingretten fant at det ikke var grunnlag for å kreve tilbake- eller tilleggsbetaling hverken på offentligrettslig eller privatrettslig grunnlag, og at det ikke var anledning til motregning.

Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS har inngitt rettidig anke til Eidsivating lagmannsrett. Røros kommune med Landssammenslutningen av Vasskraftkommunar som partshjelper har tatt til motmæle

Muntlig ankeforhandling ble avholdt på Hamar 29.-30.9.2009. Det ble ikke avgitt parts- eller vitneforklaringer og saken ble behandlet på grunnlag av det skriftlige materialet som var fremlagt. Saken ble behandlet i henhold til tvisteloven § 9-15 tiende ledd jf tvisteloven § 29-18 andre ledd, med ett hovedinnlegg fra hver av partene, med replikk og duplikk.

2. Partenes påstander og påstandsgrunnlag.

2.1. De ankende parter.

De ankende parter har lagt ned slik påstand:

1. Røros kommune tilpliktes å betale NOK 9 174 499 til Opplandskraft DA som kompensasjon for tidligere uberettiget mottatt konsesjonsavgift og konsesjonskraft, med tillegg av NOK 2 990 632 i renter for perioden 13. mai 1986 til 28. juli 2007, men ytterligere tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. juli 2007 til betaling skjer.
2. Røros kommune tilpliktes å betale NOK 1 052 116 til Eidsiva Vannkraft AS som kompensasjon for tidligere uberettiget mottatt konsesjonsavgift og konsesjonskraft, med tillegg av NOK 605 684 i renter for perioden 13. mai 1986 til 28. juli 2007, og med ytterligere tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. juli 2007 til betaling skjer.
3. Eidsiva Vannkraft AS og Opplandskraft DA var berettiget til å motregne skyldigekonsesjonsavgifter for 2007 og 2008 i kravet på etteroppgjør for konsesjonskraft og konsesjonsavgift mot Røros kommune.
4. Røros kommune dømmes til å betale Eidsiva Vannkraft AS` og Opplandskraft DAs saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

De ankende parter har gjort gjeldende:

Saken reiser fire hovedproblemstillinger. For det første må det tas stilling til hvorvidt det foreligger rettslig grunnlag for å kreve tilbakebetaling, og i såfall om det kan kreves renter på utestående beløp. Dernest må det tas stilling til om kravet på tilbakebetaling og renter er

delvis foreldet, og hvorvidt det var adgang til å motregne kravene på Røros kommunes krav på konsesjonsavgift.

Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS anfører prinsipalt at det skal gjennomføres etteroppgjør for konsesjonsforpliktelsene på grunnlag av offentligrettslige regler. Etteroppjøret skal gjennomføres i henhold til de vilkår som er inntatt i den midlertidige konsesjon for reguleringen som ble gitt 02.07.1987. Den midlertidige tillatelsen er et enkeltvedtak fattet med hjemmel i vassdragsloven, og fastsetter med bindende virkning både kraftprodusentenes og kommunens rettigheter og plikter hva angår konsesjonsavgift og konsesjonskraft i perioden 1986 til 2006. Den midlertidige konsesjonen og praksis fra olje- og energidepartementet gir hjemmel for etteroppgjør når konsesjonsvilkårene er endelig fastlagt.

Subsidiært anføres at etteroppgjør må gjennomføres på grunnlag av privatrettslige regler om etteroppgjør ved betinget betaling. Betaling av konsesjonsavgift må privatrettslig anses som forskuddsbetaling eller à konto betaling, som skal være gjenstand for et senere etteroppgjør. Hjemmelen for et etteroppgjør finnes i alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om at betaling gjort under forbehold om beløpets størrelse skal følges av et etteroppgjør når betingelsene for betaling er avklart. Dette forutsettes klart i den midlertidige konsesjonen, forvaltningspraksis, brev fra relevante myndigheter, og Røros kommunes uttalelser i anledning konsesjonssaken. Så vel kraftprodusentene som kommunen har vært kjent med at den løpende betalingen av avgift og den løpende leveringen av konsesjonskraft var foreløpig og skulle være gjenstand for etteroppgjør. Det forelå ingen rimelig grunn til å anta at etteroppjøret skulle virke ensidig i favør av kommunen. I 1997 tok Opplandskraft uttrykkelig skriftlig forbehold om at etteroppgjør skulle skje for levert konsesjonskraft. Kommunen rettet den gang ingen innsigelse mot forbeholdet.

Atter subsidiært anføres at tilbakebetaling knyttet til uriktig betalt konsesjonsavgift, og uriktig levert konsesjonskraft, skal gjennomføres i henhold til læren om *condictio indebiti*. Kommunen hadde ingen beskyttelsesverdig forventning om at betalingen av konsesjonsavgift og leveringen av konsesjonskraft skulle være endelig. Kommunen var vel kjent med at det skulle skje et etteroppgjør. Tidsforløpet kan ikke tillegges vekt i kommunens favør da betalingen gjelder lovpålagte avgifter som betaleren har vært tvunget til å betale. Rimelighetsbetraktninger taler også for at for mye utbetalt konsesjonsavgift må kunne kreves tilbakebetalt fra Røros kommune.

I tilknytning til samtlige tilbakebetalingsgrunnlag følger forutsetningsvis av forvaltningspraksis og alminnelige berikelsesprinsipper at det skal svares renter på utestående beløp ved etteroppgjør av konsesjonsforpliktelser. Rentebetalingen skal dekke kraftprodusentenes avsnvstap i perioden fra 1986 til 2006. I samsvar med prinsippene nedfelt i st.prp.nr. 48 (1996-97) og olje- og energidepartementets vedtak av 05.12.2007

kreves 12 % rente for perioden fram til 01.01.1994, 8 % rente fram til 01.01.1997 og 6,3 % rente fram til 2007. I tillegg kreves forsinkelsesrente i medhold av forsinkelsesrenteloven for perioden fra en måned etter påkrav, fremsatt 28. juni 2007.

Det bestrides at kravet på tilbake- eller tilleggsbetaling og rentekravet er foreldet. Etter foreldelsesloven § 3 nr. 1 begynner foreldelsesfristen å løpe den dag fordringshaveren tidligst hadde rett til å kreve oppfyllelse, det vil si fra forfallsdagen. Tilbakebetalingskravet forfalt først da kravets størrelse var endelig fastsatt. Det vil i denne sak si at forfall først fant sted ved Norges Vassdrags og Energiverks vedtak av 20.09.2006, da de endelige konsesjonsvilkår ble fastsatt. Foreldelsen ble avbrutt ved forliksklage av 17. september 2007. Hvis rettsgrunnlaget er *conditio indebiti* vil reglene om foreldelse falle annerledes ut da det løpende krav på tilbakebetaling blir foreldet suksessivt. Etter som kraftprodusentene ikke hadde kjennskap til fordringen og dens størrelse før i 2006, vil imidlertid foreldelseslovens tilleggsfrist i § 10 få anvendelse. Krav eldre enn 17.09.2004 vil likevel være foreldet med bakgrunn i den absolutte foreldelsesfrist fastsatt i foreldelseslovens § 10 fjerde ledd.

Til Røros kommunes anførsel om at det er Røros Elektrisitetsverk som er rette debitor for et krav om etteroppgjør i forhold til konsesjonskraft, bemerkes at dette i et offentligrettslig perspektiv ikke er relevant. Kommunens offentligrettslige krav og rettigheter kan ikke overdras. I et privatrettslig perspektiv er det uklart hvilket grunnlag anførselen er bygget på, og det er vist til at kontrakten er signert av kommunen, at forhandlingene om avtalens vilkår foregikk mellom Opplandskraft og kommunen, at kommunen selv muntlig og skriftlig har fremholdt at avtale skal inngås av kommunen og håndteres praktisk av energiverket, samt at alle fakturaer under kontrakten både før og etter 1997 er utstedt til kommunen. Røros elektrisitetsverk har i det hele fremstått som en fullmektig for Røros kommune i sammenhengen.

Ved brev av henholdsvis 21.12.2007 og 15.12.2008 erklærte kraftprodusentene utestående krav under etteroppgjøret motregnet mot de respektive årskonsesjonsavgifter til Røros kommune. Motregningen var berettiget og motregningsvilkårene oppfylt. Det er spesielt vist til at motkravet og hovedkravet er komputable, at motkravet og hovedkravet består mellom de samme parter, og at fordringene er oppgjørsmodne. Fordringene springer ut av samme rettsforhold og koneksitet styrker motregningsretten. Kommuneloven § 53 nr. 1 avskjærer ikke motregningsrett. Kommuneloven må tolkes slik at den omfatter ordinære skatter og avgifter, og ikke avgift pålagt i henhold til konsesjon etter vassdragsreguleringsloven. Motregningsforbudet i kommuneloven skal ivareta kommunens likviditetsbehov, hvilket ikke gjøre seg gjeldende i dette tilfellet, jf vassdragsreguleringsloven § 11 nr. 2 annet ledd.

Beregningen av kravets størrelse er omforent mellom partene, og i forhold til spørsmålet om saksomkostninger er det vist til det tilbud om omforent løsning som kraftprodusentene fremsatte forut for ankeforhandlingen.

2.2. Ankemotparten:

Ankemotparten har lagt ned slik påstand:

1. Tingrettens dom, med unntak av saksomkostningsavgjørelsen, stadfestes.
2. Eidsiva Vannkraft AS og Opplandskraft DA dømmes til å betale henholdsvis kr. 238 709,- og kr 959 169,- i skyldige konsesjonsavgifter til Røros kommune med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 1. januar 2009 til betaling skjer.
3. Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS dømmes in solidum til å erstatte Røros kommune og Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Ankemotparten har gjort gjeldende:

Saken reiser spørsmål om det er rettslig grunnlag for krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgift, om det er rettslig grunnlag for krav om tilleggsbetaling for konsesjonskraft, om det er rettslig grunnlag for kravet om avsavnsrenter, om hovedstoler og rentekrav er foreldet, og om kraftselskapene kan motregne krav om tilbake- eller tilleggsbetaling i kommunenes krav på konsesjonsavgifter.

Vedrørende kravet om tilbakebetaling på offentligrettslig grunnlag er tingrettens dom riktig både hva angår bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Plikt til tilbakebetaling er verken hjemlet i vassdragsreguleringsloven eller konsesjonene. Det bestrides at det foreligger forvaltningspraksis som underbygger en slik forpliktelse. Olje- og energidepartementet har i sin prinsippavgjørelse av 05.12.2007 konkludert med at slike krav må vurderes etter privatrettslige regler. Hva angår kravet om etteroppgjør på privatrettslig grunnlag er også tingrettens dom riktig. Det kan ikke legges til grunn at kommunen var kjent med at konsesjonsavgiftene kommunen mottok eventuelt måtte tilbakebetales. Hva angår leveransene av konsesjonskraft gjøres gjeldende at ingen av de inngåtte avtaler kan anføres til støtte for at det skal skje et etteroppgjør.

Hva angår kravet om tilbakebetaling på grunnlag av læren om *condictio indebiti*, bemerkes at dette må vurderes etter den alminnelige ulovfestede obligasjonsrettslige lære om tilbakebetaling ved *condictio indebiti*. Med utgangspunkt i den ulovfestede lære om tilbakebetaling ved *condictio indebiti* er det ikke grunnlag for å kreve tilbakebetaling. Om

det skal pålegges en plikt til å tilbakebetale må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor flere momenter er relevante. Oppgjørshensynet må gjøre seg særlig gjeldende i forbindelse med reguleringskonsesjoner fordi en rekke vilkår i favør av lokalsamfunnet ikke kan gis tilbakevirkning. De mottatte konsesjonsavgiftene utgjør ikke frie midler, og er brukt løpende til næringsutvikling. Fordringens art tilsier heller ikke at tilbakebetaling kan kreves med grunnlag i *condictio indebiti*. Videre er vist til at det ikke foreligger noen reservasjonserklæringer fra kraftselskapenes side, og at kraftselskapene er den profesjonelle part som burde skjønnet at det ble betalt for mye. Det er gått lang tid fra betalingene skjedde til det ble oppdaget at det var betalt for mye, og i forhold til Eidsiva Vannkraft AS gjøres gjeldende at de senest burde oppdaget at det ble betalt for mye i mai 2003. Dette gjelder antagelig også i forhold til Opplandskraft DA. Det er videre vist til at jo lengre tid det går fra man mottar en ytelse desto vanskeligere er det å fastslå om en berikelse er i behold. I denne sak er det svært vanskelig å påpeke noen berikelse som er i behold.

Som ny og subsidiær anførsel i forhold til kravet om tilleggsbetaling for konsesjonskraft, gjøres gjeldende at det ikke under noen omstendighet kan kreves etteroppgjør for konsesjonskraftleveranser før 18. juli 1997. Dette er forutsatt i konsesjonen, og for øvrig i tråd med hva kraftselskapene selv har opplyst til kommunen i november 1997.

Videre er gjort gjeldende som ny subsidiær anførsel for lagmannsretten, at det er Røros Elektrisitetsverk AS som eventuelt er rette debitor for kravet om tilleggsbetaling. Den første kontrakten - som gjaldt fram til 1. januar 1998 - ble inngått direkte mellom Røros Elektrisitetsverk AS og Opplandskraft DA. Kommunen var ikke part i denne avtalen da de i 1976 overdro konsesjonsrettighetene til Røros Elektrisitetsverk AS. Opplandskraft DA har akseptert Røros Elektrisitetsverk AS som kjøper av kraften, og det er kun Røros Elektrisitetsverk AS som kan være debitor for kravet om etterbetaling. Tilsvarende følger av avtalen om uttak av konsesjonskraft som ble inngått for perioden 1. januar 1998 og fremover. Basert på de opplysninger som foreligger i saken må dette legges til grunn for begge kraftselskapene. Den siste kontrakten med virkning for perioden fra 1. januar 1998 må ses i sammenheng med den tidligere avtale.

Det foreligger ikke noe rettslig grunnlag for kraftselskapenes krav på avsavnsrenter, og det foreligger ingen forvaltningspraksis som hjemler kravet om avsavnsrenter. Om kraftselskapene kan kreve avsavnsrente beror på alminnelige obligasjonsrettslige regler, og det er i denne saken ikke grunnlag for å pålegge noen plikt til å betale avsavnsrente.

Under enhver omstendighet gjøres gjeldende at både krav om tilbakebetaling og tilleggsbetaling i det vesentlige er foreldet. Hovedkravene foreldes suksessivt etter foreldelsesloven § 3 nr. 1, og krav oppstått før 17.09.2004 er uansett foreldet etter de alminnelige bestemmelser i foreldelsesloven § 3. Fristavbrudd skjedde den 17.09.2007. Bestemmelsen om forfallstidspunktet for betaling av konsesjonsavgifter, som betales

etterskuddsvis i desember hvert år for hele året, leder til at krav om tilbakebetaling av for mye mottatte konsesjonsavgifter i perioden fra 1986 til 2003 er foreldet. Krav på tilleggsbetaling for konsesjonskraft oppstått før 17.09.1994 er uansett foreldet. Det vesentlige av avsavnsrentene er også foreldet, og avsavnsrenter påløpt før 17.09.2004 er uansett foreldet.

Kraftselskapene har gjort opp deler av sine krav ved motregning i kommunens krav på konsesjonsavgifter for 2007 og 2008. Dette er det ikke anledning til, jf kommuneloven § 53 nr. 1. Konsesjonsavgifter er avgift i kommuneloven § 53 nr. 1's forstand, og også på dette punkt slutter ankemotparten seg til tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

4. Lagmannsrettens vurdering:

Rett debitor for kravet om tilleggsbetaling for konsesjonskraft.

Lagmannsretten velger innledningsvis å behandle Røros kommunes anførsel om at det er Røros Elektrisitetsverk AS som er rette debitor for kravet om tilleggsbetaling i forhold til for mye levert konsesjonskraft.

Røros kommune mottok konsesjonskraft etter statsreguleringen av 1921, men overførte ved kontrakt av 22.7.1976 sine rettigheter til konsesjonskraft til Røros Elektrisitetsverk AS. Den 12.9.1977 ble det inngått avtale mellom Kraftlaget Opplandskraft og Røros Elektrisitetsverk AS om levering av konsesjonskraft. Det er fremlagt kopi av fakturaer som viser at regningene for levert konsesjonskraft i hvert fall for årene 1995 – 1999 er sendt til "Røros kommune v/Røros elektrisitetsverk".

På bakgrunn av den nye konsesjonen av 18.7.1997 sendte Kraftlaget Opplandskraft den 11.11.1997 brev vedlagt utkast til ny kontrakt vedrørende konsesjonskraft til Røros kommune. Av brevet fremgikk innledningsvis at "Fem av de øvrige konsesjonsberettigede kommunene har bedt om nytt kontraktsforslag hvor kommunen er direkte avtalepart".

Det er ikke opplyst at det kom innvendinger fra Røros kommune til kontraktsforslaget, men først den 12.2.1999 sendte Kraftlaget Opplandskraft brev til Røros kommune med den nye kontrakten til undertegning. Den nye kontrakten skulle gjelde fra 1.1.1998. Kopi av brevet med vedlegg ble sendt Røros Elektrisitetsverk AS. Av kontrakten fremgikk bla at konsesjonæren forpliktet seg til å stille nærmere angitte leveranser til disposisjon for kommunen, at kommunen var forpliktet til å betale for leveransen, og at kommunen kunne la sine rettigheter og plikter utøves av en fullmektig. Den 25.2.1999 sendte Røros kommune brev til Kraftlaget Opplandskraft hvor det ble vist til at rettighetene til konsesjonskraft var overført til Røros Elektrisitetsverk AS, og det ble bedt om at kontrakten ble utformet mellom Kraftlaget Opplandskraft og Røros kommune/ved Røros Elektrisitetsverk AS, og at kontrakten skulle underskrives av Røros Elektrisitetsverk AS.

Av notat fra telefonsamtale av 4.3.1999 mellom Terje Sørli fra Oppland Energiverk og Martin Moholt fra Røros Elektrisitetsverk AS vedrørende kommunens brev av 25.2.1999, fremgår at "REV har for så vidt ingen innvendinger mot at kommunen undertegner". Av notat fra telefonsamtale av 8.3.1999 mellom Terje Sørli fra Oppland Energiverk og Grønn fra Røros kommune fremgår at "Kommunen ser seg også best tjent med å undertegne da kommunen er rettighetshaver".

Den 16.3.1999 ble den nye kontrakten undertegnet av Røros kommune ved ordføreren. Den nye kontrakten gjaldt som tidligere nevnt fra 1.1.1998.

For lagmannsretten har Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS begrenset sitt krav vedrørende tilleggsbetaling i forhold til for mye levert konsesjonskraft, med tillegg av renter, til tiden etter 1.1.1998. Det innebærer at den periode det er krevd tilleggsbetaling for, i sin helhet er regulert av den sist inngåtte avtalen. Dette fremgår ikke av den påstand som er nedlagt, men ble klart uttrykt under ankeforhandlingen og legges til grunn.

Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at Røros kommune er rett debitor for kravet om tilleggsbetaling i forhold til for mye levert konsesjonskraft. Det vises spesielt til at Røros kommune klart fremstår som avtalepart i den sist inngåtte kontrakten, både gjennom den forutgående kontakt, hvem leveringsforpliktelsen gjelder overfor, hvem som er ansvarlig for betalingen av levert konsesjonskraft, og hvem som undertegnet kontrakten. Det forhold at den forutgående kontrakt av 12.9.1977 ble inngått med Røros Elektrisitetsverk AS endrer ikke dette. Slik lagmannsretten ser det vil ikke spørsmålet om hvem som er rett debitor i forhold til kravet om tilleggsbetaling stå i forskjellig stilling om kravet bygges på offentligrettslig eller privatrettslig grunnlag.

Kravet om tilbakebetaling av for mye utbetalt konsesjonsavgift.

Spørsmålet om det kan kreves tilbakebetaling av for mye utbetalt konsesjonsavgift er ikke spesifikt omhandlet i vassdragsreguleringsloven, noe det legges til grunn skyldes at lovgiver forutsatte at ny konsesjon skulle foreligge før den tidligere utløp, slik at spørsmålet ikke ville oppstå.

Etter lagmannsrettens syn var et av mange formål bak vassdragsreguleringsloven å sikre at de verdier som ble skapt gjennom en vassdragsregulering ble formålstjenlig fordelt mellom de impliserte parter. De berørte kommuner ble i ulik grad påført ulemper av naturmessig og annen art, og det fremsto som nødvendig at de måtte sikres andel i den verdiskapning som skjedde ved en utbygging, samtidig som vassdragsutbyggeren måtte gis økonomiske vilkår som gjorde det attraktivt å bygge ut, da videre utbygging var ønskelig ut fra samfunnsøkonomiske forhold. For å sikre dette fastsatte vassdragsreguleringsloven hvilke myndigheter som skulle fastsette de parametere som dannet grunnlaget for hvilke rettigheter og plikter - herunder av økonomisk art - som tilfalt eller påhvilde

kraftprodusentene, kommunene eller Staten. For å oppnå formålet synes det også nødvendig at loven tilsiktet å gi adgang til å regulere de økonomiske forhold partene i mellom.

Av den midlertidige konsesjonen gitt av Olje- og energidepartementet 2.7.1987, som er et enkeltvedtak fattet med hjemmel i vassdragsreguleringsloven, fremgår:

Departementet vil presisere at de endrede vilkår som evt. gis i tilfelle av fortsatt konsesjon likevel vil bli gjort gjeldende fra 13.05.86.

Vedtaket innebærer at de nye vilkår skal gjelde fra opphøret av den tidligere konsesjon, og er generelt utformet, slik at det synes å omfatte også vilkår av direkte betydning for de økonomiske overføringene.

Vassdragsreguleringsloven regulerer heller ikke spørsmålet om tilbakebetaling av mottatt konsesjonsavgift mellom kommunene, hvor enkelte kommuner over en periode har fått for mye og andre for lite utbetalt.

Det foreligger imidlertid noe praksis som er av interesse.

Som det er redegjort for innledningsvis under saksframstillingen, fattet Norges vassdrags- og energiverk 21.12.1992 vedtak om ny fordeling av konsesjonsavgiften mellom kommunene. Vedtaket gjaldt for perioden 13.5.1986 til 31.12.1995 og medførte at noen kommuner – herunder Tolga kommune - hadde fått utbetalt for mye i konsesjonsavgift, mens andre kommuner – herunder Røros kommune – hadde fått for lite i konsesjonsavgift. Tolga kommune ba om redegjørelse for plikten til tilbakebetaling av for mye mottatt konsesjonsavgift, og Norges vassdrags- og energiverk uttalte i brev av 13.7.1994 at det forelå plikt til tilbakebetaling, og at beløpet skulle overføres til Røros kommune som ved den nye fordelingen hadde fått en større prosentandel av konsesjonsavgiften, og derfor hadde fått for lite utbetalt i konsesjonsavgift i tiden fra 1986 til det nye fordelingsvedtaket. Norges vassdrags- og energiverk viste også til at Røros kommune allerede hadde mottatt tilbakebetaling fra Os kommune som var blant de kommuner som etter vedtaket fikk en mindre prosentandel. Beløpet ble deretter overført.

Norges vassdrags- og energiverk sender også årlig ut brev til konsesjonsberettigede kommuner med spesifisering av konsesjonsavgift for inneværende år. Brev datert 1.12.2000 er fremlagt og av dette fremgår:

Dersom delingsperioden er utløpt og ny deling mellom kommuner ennå ikke er foretatt, vil avgiften inntil videre bli utbetalt med samme fordeling som før hvis ikke annet fremgår. Det forutsettes senere oppgjør med tilbakevirkende kraft, dersom den tidligere delingen skulle bli endret.

Viser det seg at kommuner har fått for mye utbetalt, må beløpet tilbakebetales. Det vil da bli krevd renter for den perioden kommunen har disponert beløpet.

Det er opplyst at det vesentlige av innholdet i de årlige brevene er likt og det er ikke fremkommet opplysninger om at kommunene har reagert på innholdet i brevene. Det synes således å ha vært lagt til grunn så vel fra Norges vassdrags- og energidirektorats som fra kommunenes side at det på offentligrettslig grunnlag kan kreves tilbakebetaling i form av overføring mellom kommunene. Etter lagmannsrettens syn vil den foreliggende praksis være av betydning også for vurderingen av spørsmålet om det på offentligrettslig grunnlag kan fastsettes tilbakebetaling til kraftprodusent.

Olje- og energidepartementet behandlet den 14.10.2004 klage over etteroppgjør for konsesjonskraft fra flere kommuner i Glommavassdraget. Departementet uttalte bla:

For å sikre at driften av reguleringen og kraftverkene kan fortsette ved utløpet av den opprinnelige reguleringskonsesjon er det vanlig å meddele en midlertidig tillatelse frem til ny konsesjon foreligger. For å unngå at en konsesjonær eller en kommune kommer i en dårligere eller gunstigere økonomisk posisjon enn de ville gjort hvis ny konsesjon ble meddelt ved utløpet av den tidligere, er det alminnelig praksis at vilkårene etter den nye konsesjonen så langt det er mulig gjøres gjeldende fra det tidspunkt den tidligere konsesjonen utløp. Etter at ny konsesjon er meddelt må det foretas et økonomisk oppgjør for en eventuell differanse mellom gamle og nye vilkår og kraftgrunnlag.

Departementet synes her å legge til grunn at det foreligger en alminnelig praksis for tilbakebetaling hvis bla kraftgrunnlaget endres, uansett om kreditor er en kommune eller en konsesjonær.

Hvis situasjonen i nærværende sak hadde vært den motsatte – at kraftgrunnlaget var blitt økt – synes det ikke bestridt mellom partene at kommunene ville hatt krav på en tilleggsbetaling. Lagmannsretten kan ikke se at det er tungtveiende grunner som taler for forskjellige løsninger alt etter hvem som er kreditor.

Det bemerkes for øvrig at også staten har mottatt konsesjonsavgift og Eidsiva Vannkraft AS sendte krav til staten om etteroppgjør av konsesjonsavgifter på lik linje med kommunene. Beløpet ble betalt, men det er uklart om det kun er hovedstolen som er betalt eller om det også er betalt renter. Det er også flere kommuner som har betalt etteroppgjørene, men da med mindre beløp enn hva som gjelder for Røros kommune.

Etter lagmannsrettens syn foreligger offentligrettslig grunnlag for å kreve etteroppgjør i form av tilbakebetaling av for mye betalt konsesjonsavgift. Det syn Olje- og energidepartementet ga uttrykk for i vedtak av 5.12.2007 endrer ikke dette.

Uten at det er av betydning for resultatet bemerkes at det også foreligger grunnlag for tilbakebetaling på privatrettslig grunnlag. Det har fremstått som klart for begge parter at det etter all sannsynlighet ville måtte foretas et etteroppgjør – i den ene eller andre retningen – når de endelige vilkår for konsesjonen – herunder vedtak om kraftgrunnlaget – forelå. Men slik saken ligger an finner lagmannsretten ikke grunn til gå nærmere inn på dette.

Kravet om tilleggsbetaling i forhold til for mye levert konsesjonskraft.

Etter lagmannsrettens syn står ikke spørsmålet om plikt til tilleggsbetaling i forhold til for mye levert konsesjonskraft i en annen stilling enn spørsmålet om plikt til tilbakebetaling av for mye utbetalt konsesjonsavgift, og det vises til ovenstående premisser. De ankende parters krav er her begrenset til for mye utbetalt konsesjonsavgift i tiden etter 1.1.1998, og lagmannsretten legger til grunn at det krav som er fremsatt er justert ut fra dette, uten at dette fremgår eksplisitt av påstanden.

Renter.

Som det er redegjort for tidligere var et av de mange formål bak vassdragsreguleringsloven å sikre at de verdier som ble skapt ble formålstjenlig fordelt mellom de impliserte parter gjennom de vilkår som blir fastsatt. For å oppnå dette formålet synes det nødvendig at partene settes i samme stilling økonomisk som om ny konsesjon hadde foreligget ved utløpet av den tidligere.

Det at en virksomhet disponerer økonomiske midler gir fordeler som for eksempel at det kan foretas investeringer som gir avkastning, gjøres bankinnskudd som medfører renteutbetalinger, unnlates å oppta rentebærende lån, eller ved at det generelt styrker virksomhetens soliditet hvor dette er viktig for å oppnå best mulige vilkår i forskjellige økonomiske sammenhenger. Når man ikke disponerer slike midler blir virkningene de motsatte.

Skal partene settes i samme stilling økonomisk som hvis ny konsesjon hadde foreligget ved utløpet av den tidligere, må den økonomiske fordel det har medført å disponere de aktuelle midlene overføres til den som har rett til tilleggs- og tilbakebetaling. Dette må i så fall gjøres ved utmåling av en rentegodtgjørelse.

Det synes også å ha vært akseptert at renter skulle utbetales hvor tilbakebetaling skulle skje mellom kommuner.

Tidligere er nevnt de brev Norges vassdrags- og energiverk årlig sender ut til de konsesjonsberettigede kommuner, hvor brev datert 1.12.2000 er fremlagt og det bla fremgår:

Viser det seg at kommuner har fått for mye utbetalt, må beløpet tilbakebetales. Det vil da bli krevd renter for den perioden kommunen har disponert beløpet.

Det er ikke opplyst at kommunene har reagert på innholdet i brevene og synes således være lagt til grunn så vel fra Norges vassdrags- og energidirektorats som fra kommunenes side at det kan kreves renter av de beløp som skal tilbakebetales mellom kommuner.

Tidligere er det også gjennomført etteroppgjør med kommunene som kreditor, hvor kraftprodusentene har betalt renter.

Det skal foretas en tilleggs- og tilbakebetaling som stiller partene i samme økonomiske stilling som hvis ny konsesjon hadde foreligget ved utløpet av den tidligere. Den økonomiske fordel det har medført å disponere de aktuelle midlene, og som antas å tilsvare de økonomiske ulempene det har medført ikke å disponere disse midlene, må overføres til de ankende parter ved en rentegodtgjørelse. Det er ikke protestert på den konkrete renteberegningen, og lagmannsretten legger den til grunn.

Foreldelse.

Av foreldelsesloven § 3 første ledd fremgår at foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse.

Slik lagmannsrettens ser det var det først ved Norges vassdrags- og energiverks vedtak av 20.9.2006, at det ble klart at det forelå et krav og at det var klart hvem som var kreditor og debitor i forhold til kravet. Det var først når dette var klart at oppfyllelse kunne kreves. Foreldelsesfristen ble avbrutt ved forliksklagen av 17.9.2007, og ingen del av kravene er foreldet.

Motregning.

Av kommuneloven § 53 nr 1 fremgår at den som skylder bla avgift til en kommune ikke kan gjøre opp dette ved motregning. Lovens ordlyd tilsier at konsesjonsavgift – som klart er en avgift – ikke kan gjøres opp ved motregning. Av kommuneloven § 54 første ledd fremgår at en kommunes krav på avgifter ikke kan overdras uten samtykke fra departementet. I Kommunal- og regionaldepartementets brev av 18.4.2008 til kommunene og fylkeskommunene, er det fremhevet at begrepet avgifter i kommuneloven § 54 nr 1 må antas å omfatte også avgifter etter vassdragsreguleringsloven § 11, en vurdering

lagmannsretten er enig i. Slik lagmannsretten ser det er det vesentlig de samme hensyn som ligger bak motregningsforbudet i § 53 nr 1, som ligger bak forbudet mot overdragelse i § 54 nr 1, og det er ikke grunnlag for å tolke begrepet avgift forskjellig i de to bestemmelsene. Etter lagmannsrettens syn må kommuneloven § 53 nr 1 forstås slik at den setter forbud mot motregning i en kommunes krav på konsesjonsavgift.

Om påstandene og lagmannsrettens domsslutning.

I de ankende parters påstand punkt 1 og 2 er det gjort fradrag for de motregnede beløp, da kravet bygger på at det har vært adgang til motregning. Når det ikke er adgang til å motregne i konsesjonsavgift vil de ankende parter måtte utbetale de motregnede beløp, men ha et tillegg til hovedkravet av samme størrelse. Når dette ikke gjenspeiles i den påstand som er nedlagt, legger lagmannsretten til grunn at dette skyldes en inkurie. For å få en materielt riktig domsslutning tar derfor lagmannsretten med de motregnede beløp i hovedkravet med tillegg av renter tilsvarende hva de ankende parter dømmes til å utbetale til ankemotparten.

Det er også noe uvisshet knyttet til om det i kravet på tilleggsbetaling for konsesjonskraft samt renter, er tatt høyde for at perioden det ble krevd tilbakebetaling for, ble endret under ankeforhandlingen. Det er imidlertid ikke protestert på dette grunnlag mot den påstand som ble nedlagt, og det synes klart at det partene har ønsket, er en avgjørelse av de prinsipielle spørsmål. Det synes ikke å være uenighet om beregningen av de konkrete krav som sådan, når de prinsipielle spørsmål først er løst. Lagmannsretten legger derfor til grunn at en eventuell feil her kan løses i forbindelse med det endelige økonomiske oppgjøret.

Sakskostnader.

De ankende parter anses å ha vunnet fram i anken jf tvisteloven § 20-2 første og annet ledd. Ankemotparten har kun fått medhold i spørsmålet om det er adgang til motregning, et spørsmål som i det vesentlige er av prinsipiell betydning og av liten økonomisk betydning slik denne sak ligger an, jf hva som fremgår av ovenstående. De ankende parter fremmet også forut for ankeforhandling et forlikstilbud til Røros kommune som ville gitt et gunstigere økonomisk resultat for kommunen enn hva lagmannsretten er kommet til, men som ikke ble akseptert. De ankende parter tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett. Unntaksreglene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd kommer ikke til anvendelse.

For tingretten er det fremsatt krav om sakskostnader på kr 214.400, og for lagmannsretten er det fremsatt krav om sakskostnader på kr 254.214. Kravene tas tilfølge, jf tvisteloven § 20-5 første ledd. I tillegg kommer ankegebyr knyttet til den del av saken som utgjorde motsøksmål for tingretten med kr 20.640. Til sammen utgjør dette kr 274.854.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

1. Røros kommune dømmes til å betale 10.133.668 -
timillioneretthundreogtrettitretusensekshundreogsekstiåtte - kroner til
Opplandskraft DA for for mye mottatt konsesjonsavgift og konsesjonskraft.
I tillegg kommer renter med 2.990.632 -
tomillionernihundreognittitusensekshundreogtrettito - kroner fram til 28. juli 2007,
samt lovens forsinkelsesrente fra 28. juli 2007 til betaling skjer av 9.174.499 -
nimillioneretthundreogsyttifiretusenfrehundreognittini - kroner, samt lovens
forsinkelsesrente av 959.169 - nihundreogfemtinitusenetthundreogsekstini - kroner
fra 1. januar 2009 til betaling skjer.
2. Røros kommune dømmes til å betale 1.290.825 -
enmilliontohundreognittitusenåttehundreogfemogtyve - kroner til Eidsiva
Vannkraft AS for for mye mottatt konsesjonsavgift og konsesjonskraft.
I tillegg kommer renter med 605.684 - sekshundreogfemtusensekshundreogåttifire -
kroner fram til 28. juli 2007, samt lovens forsinkelsesrente av 1.052.116 -
enmillionogfemtittotusenetthundreogseksten - kroner fra 28. juli 2007 til betaling
skjer, samt lovens forsinkelsesrente av 238.709 -
tohundreogtrettiåttetusensyvhundreogni - kroner fra 1. januar 2009 til betaling
skjer.
3. Eidsiva Vannkraft AS dømmes til å betale 238.709 -
tohundreogtrettiåttetusensyvhundreogni - kroner i konsesjonsavgift til Røros
kommune, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 1. januar 2009 til betaling
skjer.
4. Opplandskraft DA dømmes til å betale 959.169 -
nihundreogfemtinitusenetthundreogsekstini - kroner i konsesjonsavgift til Røros
kommune, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 1. januar 2009 til betaling
skjer.
5. I sakskostnader for tingretten betaler Røros kommune til Eidsiva Vannkraft AS og
Opplandskraft DA 214.400 - tohundreogfjortentusenfirehundre - kroner innen 2 - to
- uker fra forkynnelsen av denne dom.
6. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Røros kommune til Eidsiva Vannkraft
AS og Opplandskraft DA 274.854 - tohundreogsyttifireåttehundreogfemtifire -
kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom.

Fritz Borgenholt

Torolv Groseth

Jan Erik Aarsland Olsson

Rett utskrift bekreftef.

For førstelagmannen:

O. Kjeland



