

Oslo, 27. november 2009

Eidsivating lagmannsrett
Hamar tinghus
2326 Hamar

**ANKE OG ERKLÆRING OM PARTSHJELP
TIL
HØYESTERETT**

Eidsivating lagmannsretts ankesak nr: 09-060039ASD-ELAG/

- Ankende part:** Røros kommune
v/ordføreren
Bergmannsgate 19
7374 Røros
- Partshjelper:** Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar
Postboks 1148 Sentrum
0104 Oslo
- Felles prosessfullmektig:** Advokat Ulf Larsen
Advokatfirmaet Lund & Co DA
Postboks 1148 Sentrum
0104 Oslo
- Ankemotpart 1:** Opplandskraft DA
v/styrets leder
Postboks 1098
2605 Lillehammer
- Ankemotpart 2:** Eidsiva Vannkraft AS
v/styrets leder
Postboks 1098
2605 Lillehammer

091127_prs_anke_hr_lundogco_ul

Advokatfirmaet Lund & Co DA

Akersgaten 30 | Pb 1148 Sentrum, NO-0104 Oslo | Tel: (+47) 99 11 99 00 | Fax: (+47) 947 47 000
Org. nr : 991 097 171 | Bankgiro: 8601 20 60159 | www.lundogco.no

Felles prosessfullmektig: Advokat Jon Rabben
Wikborg, Rein & Co
Postboks 1513 Vika
0117 Oslo

Innhold

1	INNLEDNING	3
2	ERKLÆRING OM PARTSHJELP	4
3	SAKENS BAKGRUNN - FAKTUM	4
4	LOVGRUNNLAG FOR PÅLEGG OM TILBAKEBETALING/TILLEGGSBETALING	6
4.1	Lagmannsrettens rettsanvendelse	6
4.2	Lovgrunnlaget for et pålegg om tilbakebetaling.....	7
4.3	Forvaltningspraksis	8
4.3.1	Innledning	8
4.3.2	Lagmannsrettens dom er i strid med Olje- og energidepartementets prinsippvedtak av 5. desember 2007 og etterfølgende praksis.....	9
4.3.3	Praksis om etteroppgjør av konsesjonsavgift mellom kommune og regulant.....	10
4.3.4	Lagmannsrettens henvisning til praksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner er ikke relevant.....	11
4.3.5	Lagmannsrettens har misforstått praksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner.....	12
4.3.6	Oppgjør mellom regulant og kommune, lagmannsrettens henvisning til departementets vedtak av 14. oktober 2004.....	13
5	KRAV OM ETTEROPPGJØR PÅ PRIVATRETTLIGE GRUNNLAG	14
6	AVSAVNSRENTER	14
6.1	Lagmannsrettens rettsanvendelse	14
6.2	Betydningen av årlige forbehold ved deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner.....	15
6.3	Pålegg om betaling av renter til kraftprodusentene	15
6.4	Oppsummering	16
7	FORELDELSE	16
8	FORHOLD AV BETYDNING FOR SPØRSMÅLET OM ANKEN SKAL FREMMES TIL BEHANDLING AV HØYESTERETT	17
8.1	Prinsipielle spørsmål om økonomiske etteroppgjør ved fornyelse av vassdragskonsesjoner	17
8.2	Stor økonomisk betydning for Røros kommune.....	18
8.3	Ankeforhandlingene.....	18
9	PÅSTAND	18

1 INNLEDNING

Saken gjelder krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgifter og tilleggsbetaling for konsesjonskraft ved fornyelse av vassdragsreguleringskonsesjon. Sør-Gudbrandsdal tingrett avsa den 27. januar 2009 dom med slik slutning:

"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."

Eidsivating lagmannsrett kom til et annet resultat enn tingretten, og avsa den 4. november 2009 dom med slik 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 – nimillioneretthundreogsyttifemtusenfirehundreognittini – kroner, samt lovens forsinkelsesrente av 959.169 – nihundreogfemtitusenetthundreogsekstini – 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 – enmillionogfemtitotusenetthundreogseksten – 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.”

Dommen er vedtatt forkynt av undertegnede på vegne av Røros kommune den 5. november 2009, samme dag som dommen innkam til mitt kontor. Anken er således inngitt rettidig, jf. tvisteloven § 30-3 jf. § 29-5 (1). Lagmannsrettens dom påankes for så vidt gjelder slutningens punkt 1, 2, 5 og 6, dvs. på de punkter hvor Røros kommune ikke fikk medhold. Tvistegjenstandens verdi, uten forsinkelsesrenter, beløper seg til mer enn 15 millioner kroner.

Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse.

Det gjøres gjeldende at lagmannsretten har lagt til grunn en uriktig rettsanvendelse når den har kommet til at det foreligger lovgrunnlag - *offentligrettslig grunnlag* – for å pålegge kommunen tilbakebetaling av konsesjonsavgifter og tilleggsbetaling for konsesjonskraft. Det er også uriktig rettsanvendelse når lagmannsretten har kommet til at kraftselskapenes har krav på avsavsrenter for perioden 1997 – 2006. Endelig er det uriktig rettsanvendelse når den har kommet til at ingen del av hovedstolene eller avsavsrentene er foreldet. Kommunens subsidiære anførsel for lagmannsretten, at Røros Elektrisitetsverk AS er rett debitor for kravet på tilleggsbetaling for levert konsesjonskraft, frafalles.

2 ERKLÆRING OM PARTSHJELP

Landsmanslutninga av Vasskraftkommunar (LVK) er en interesseorganisasjon stiftet 18. april 1977, som i dag har 169 norske primærkommuner som medlemmer. De norske primærkommuner som i noen grad er berørt av vannkraftutbygging, er medlemmer i LVK. Røros kommune er medlem i LVK. Denne saken reiser prinsipielle spørsmål om økonomiske etteroppgjør for konsesjonsavgifter og konsesjonskraft mellom kommuner og kraftprodusenter ved fornyelse av vassdragskonsesjoner. Saken har interesse ut over den foreliggende sak, og vil være av betydning for flere lignende saker. LVK har opptrådt som partshjelper for Høyesterett en rekke ganger i saker som reiser prinsipielle spørsmål for kraftkommunene, se for eksempel Rt. 2000 side 452 (konsesjonsavgifter) og Rt. 2008 side 522 (konsesjonskraft).

LVK opptrådte som partshjelper for Røros kommune både for tingretten og lagmannsretten, og retten for LVK til å opptre som partshjelper til støtte for Røros kommune etter tvisteloven § 15-7 ble ikke bestridt av ankemotpartene verken for tingretten eller lagmannsretten.

3 SAKENS BAKGRUNN - FAKTUM

Sakens bakgrunn og det faktiske begivenhetsforløp er beskrevet i tingrettens og lagmannsrettens dommer. Kommunen kan slutte seg til den beskrivelsen av sakens faktiske side som er gitt i

underinstansenes dommer, men vil påpeke at tingrettens dom gir en mer fullstendig beskrivelse av sakens bakgrunn enn lagmannsrettens dom, jf. side 2 – 4 i tingrettens dom. Partene er ikke uenige om bevisbedømmelsen. Sakens bakgrunn kan kort oppsummeres slik:

I 1986 utløp den tidligere reguleringskonsesjonen for Aursunden. Glommens og Laagens Brukseierforening (heretter omtalt som "GLB"), som Kraftselskapene er medlemmer av, fikk 2. juli 1987 tillatelse til midlertidig regulering av Aursunden på samme vilkår som i den utløpte konsesjonen. I den midlertidige tillatelsen presiserte departementet at *"..de endrede vilkår som evt. gis i tilfelle av fortsatt konsesjon likevel vil bli gjort gjeldende fra 13.05.86."*

I 1997 fikk GLB ved kgl. res. av 18. juli 1997 tillatelse til regulering av Aursunden i samsvar med Olje- og energidepartementets tilråding. Etter at ny reguleringskonsesjon var innvilget, fastsatte Norges Vassdrags og Energidirektorat (heretter omtalt som "NVE") og Olje- og energidepartementet (heretter omtalt som "OED") den 14. oktober 2004 og 13. april 2005 nytt kraftgrunnlag for Aursunden. NVE fastsatte nytt kraftgrunnlag og fordeling av konsesjonsavgifter og konsesjonskraft i vedtak av 20. september 2006. I perioden fra 1986 og frem til 2006 mottok kommunen konsesjonsavgifter - og tok ut konsesjonskraft - i henhold til vilkårene og kraftgrunnlaget i konsesjonen som utløp i 1986. Kraftgrunnlaget som NVE fastsatte i 2006 – antall naturhestekrefter som reguleringen innvinner, og som er avgjørende for hva kommunen får i konsesjonsavgifter og hvor mye konsesjonskraft kommunene kan ta ut - var lavere enn etter den konsesjonen som utløp i 1986.

I vedtaket fra 2006 la NVE til grunn at kommunen var forpliktet til å tilbakebetale for mye mottatte konsesjonsavgifter i perioden 1986 – 2006, med tillegg av avsavnsrenter i hele perioden. NVE beregnet også et etteroppgjør for konsesjonsavgiftene mellom kraftselskapene og kommunen. Etteroppgjør for konsesjonskraft ble ikke behandlet. Kommunen påklaget NVEs vedtak for så vidt gjaldt pålegget om å tilbakebetale for mye mottatte konsesjonsavgifter i perioden 1986-2006, og fikk medhold av OED. Departementet var enig med kommunen i at NVE ikke hadde rettslig kompetanse til å pålegge kommunen å betale tilbake for mye mottatte konsesjonsavgifter, og traff et prinsipielt vedtak 5. desember 2007. Departementet uttaler på side 2-3 i vedtaket (Det faktiske fellesutdraget side 386 - 387):

"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 et 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.

(...)

Departementet opphever NVEs vedtak av 20.9.2006 så langt vedtaket gjelder privatrettslige spørsmål knyttet til kommunenes tilbakebetalingsplikt.” (uthevet her)

På bakgrunn av at NVE og OED fastsatte et lavere kraftgrunnlag for Aursunden, krevde kraftselskapene *tilbakebetaling* av for mye mottatte konsesjonsavgifter. Videre krevde kraftselskapene *tilleggsbetaling* for for mye levert konsesjonskraft. Dessuten krevde kraftselskapene avsavnsrenter på hovedstolene for perioden 1986 – 2006. Kraftselskapene gjorde gjeldende at det foreligger prinsipalt et offentligrettslig grunnlag for kravene, subsidiært et privatrettslig grunnlag.

Sør-Gudbrandsdal tingrett la til grunn den samme rettsoppfatningen som departementet i prinsippvedtaket av 5. desember 2007; det var ikke lovgrunnlag for noe pålegg om tilbakebetaling, og kom til at kraftselskapene heller ikke hadde krav på tilbakebetaling/tilleggsbetaling etter privatrettslige regler. Med det resultat tingretten kom til var det ikke nødvendig for retten å ta stilling til spørsmålet om kraftselskapene hadde krav på avsavnsrenter, eller om kravene var helt eller delvis foreldet.

Eidsivating lagmannsrett kom, i motsetning til departementet og tingretten, til at kraftselskapene hadde krav på tilbakebetaling og tilleggsbetaling på *offentligrettslig grunnlag*, med andre ord at det foreligger lovgrunnlag for pålegg om tilbakebetaling og tilbakebetaling. Lagmannsretten kom også til at kraftselskapene hadde krav på avsavnsrenter og endelig at ingen del av kravene var foreldet. For lagmannsretten frafalt kraftselskapene krav på tilbakebetaling av konsesjonsavgifter for perioden 1986 – 18. juli 1997 og krav på tilleggsbetaling for konsesjonskraft for perioden 1986 – 31. desember 1997.

Kommunen gjør gjeldende at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig når lagmannsretten har kommet til at det er lovgrunnlag for å pålegge kommunen tilbakebetaling og tilleggsbetaling til kraftselskapene.

4 LOVGRUNNLAG FOR PÅLEGG OM TILBAKEBETALING/TILLEGGSBETALING

4.1 Lagmannsrettens rettsanvendelse

Lagmannsretten konkluderer på side 15 første avsnitt i dommen med at det foreligger *offentligrettslig grunnlag* for kravene:

”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.”

Premissene for lagmannsrettens konklusjon følger på side 12 – 14 i dommen. Lagmannsretten drøfter først og fremst spørsmålet om det foreligger lovgrunnlag for å kreve tilbakebetaling av *konsesjonsavgifter*, men legger på side 15 tredje avsnitt i dommen til grunn at spørsmålet om

tilleggsbetaling for *konsesjonskraft* ikke står i noen annen stilling enn kravet om tilbakebetaling av konsesjonsavgifter.

Når det gjelder de rettskilder lagmannsretten har begrunnet tolkningsresultatet med, kan kommunen av domspremissene ikke se at det er vist til andre rettskilder enn forvaltningspraksis og generelle formålsbetraktninger.

4.2 Lovgrunnlaget for et pålegg om tilbakebetaling

Lagmannsretten har oppfattet det sentrale utsagnet i den midlertidige tillatelsen av 2. juli 1987 som et enkeltvedtak som pålegger kommunen å foreta tilbakebetaling hvis tidligere fastsatt avgift nedsettes ved endelig konsesjon, jf. lagmannsrettens dom side 13 første hele avsnitt, og konkluderer slik:

“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.”

Kommunen er uenig i denne oppfatningen. Lagmannsrettens forståelse reiser for det første spørsmål om *lovgrunnlaget* for et slikt pålegg. Etteroppgjør i situasjoner som her, er ikke regulert i vassdragsreguleringsloven.

Det er ikke omtvistet at konsesjonsmyndigheten etter loven skal *pålegge konsesjonæren* etterbetaling ved midlertidige konsesjoner der avgiften har vært for liten, jf. også Rt. 2000 side 452.

At loven ikke direkte regulerer pålegg til kommunen om tilbakebetaling i den omvendte situasjon, er lagmannsretten enig i, jf. dommen side 12 siste hele avsnitt:

“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.”

Lagmannsretten synes imidlertid å slutte ut fra noen generelle utsagn om lovens formål mht. fordeling av verdier – rettigheter og plikter – mellom impliserte parter, jf. side 12 – 13 i dommen, at vassdragsmyndigheten likevel skal pålegge tilbakebetalingsplikt. Det synes å være en slags forutsetning om likebehandling av regulantens og kommunenes interesser som ligger bak.

Det er galt at regulantens og kommunens rettigheter og plikter etter loven korresponderer på denne måten. De er etter loven bærere av høyst ulike interesser. At kommunen skulle utsettes for et tyngende tilbakebetalingskrav synes i de sammenhenger hvor lovgiver har overveid spørsmålet, å ha vært en fremmed tanke:

For det første kan det bli utbetalt “for mye” konsesjonsavgift til kommunen dersom regulanten må forskuddsbetale konsesjonsavgift etter vassdragsreguleringsloven § 11 post 5 hvor det heter

at *"En del av avgiften kan betinges forskudsvis erlagt, saasnt arbeidet paabegyndes"*. Her følger det direkte av loven at tilbakebetaling ikke skal skje, jf. annet punktum i bestemmelsen hvor det heter at *"Den blir ikke i noget tilfelde at tilbakebetale"*.

For det annet kan det bli utbetalt "for mye" konsesjonsavgifter ved foreløpig beregning av kraftgrunnlaget etter vassdragsreguleringsloven § 11 post 1 siste punktum hvor det fremgår at fastsettelsen av kraftgrunnlaget *"..kan træffes for hele reguleringstiden eller foreløpig for 10 aar og derefter endelig for resten av tiden"*. Kraftproduksjon som skjer med hjemmel i midlertidig konsesjon i påvente av endelig reguleringskonsesjon – og hvor konsesjonsavgifter betales og konsesjonskraft leveres etter kraftgrunnlaget i den utløpte konsesjonen – har betydelige likhetstrekk med de tilfellene hvor kraftgrunnlaget fastsettes foreløpig etter § 11 post 1 i.f. Dersom det foreløpige kraftgrunnlaget er høyere enn det kraftgrunnlaget som blir endelig fastsatt, er det klart forutsatt i forarbeidene og lagt til grunn i teorien at kraftselskapet ikke kan kreve tilbakebetaling, jf. Amundsen *"Lov om vassdragsreguleringer"* 1928 side 96:

"Sidste punktum om at beregningen kan fastsættes foreløpig for 10 aar skyldes hensynet til, at det foreliggende materiale til bedømmelse av vandføringen undertiden kan være ufuldstændig eller usikkert. Om der er forholdt saaledes, og der senere blir fastsat en anden støjelse for kraftøkningen, blir dog ikke avgiften at omberegne for den forløpne tid, hva enten nu den endelige økning blir mindre eller større. (Jfr. Ot. prp. nr. 36 for 1915 s. 24.)"

Når det gjelder manglende lovgrunnlag for et pålegg om tilbakebetaling slutter kommunen seg til tingrettens vurdering, jf. tingrettens dom side 11 annet hele avsnitt:

"Retten har funnet dette rettsspørsmålet vanskelig å ta stilling til. Retten har imidlertid blitt stående ved at det er mest nærliggende å forstå forbeholdet i den midlertidige tillatelsen slik at det – ut fra en tolkning av loven – kun omhandler betaling av konsesjonsavgift og levering av konsesjonskraft til kommunen. Det er dette lovens ordning går ut på. Loven omhandler i første omgang forholdet mellom vannkraftmyndighetene og konsesjonæren. Dersom konsesjon blir gitt, utløser dette fordeler for de aktuelle kommunene. Det kan sies så enkelt at loven ikke kjenner til noen ordning som gir pålegg om ytelse motsatt vei."

Avslutningsvis under dette punktet peker kommunen på at lagmannsrettens premisser ikke er helt klare for så vidt gjelder spørsmålet om konsesjonsmyndigheten har kompetanse/adgang til å pålegge kommunen tilbakebetaling eller om den har plikt til det.

4.3 Forvaltningspraksis

4.3.1 Innledning

I lagmannsrettens begrunnelse for adgangen til å pålegge tilbakebetaling, er forvaltningspraksis et vesentlig element, jf. side 13 – 14 i dommen. Praksis gir ingen støtte for lagmannsrettens oppfatning, tvert imot gir praksis støtte for kommunens syn. Lagmannsretten legger først og fremst vekt på praksis som gjelder deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner, dessuten fremheves ett vedtak av Olje- og energidepartementet om konsesjonskraft. Derimot berøres ikke

praksis om konsesjonsavgifter i forholdet mellom kommunen og regulant som er det mest sentrale. Jeg skal først behandle det siste.

4.3.2 Lagmannsrettens dom er i strid med Olje- og energidepartementets prinsippvedtak av 5. desember 2007 og etterfølgende praksis

Lagmannsrettens dom er som nevnt i strid med departementets prinsippvedtak av 5. desember 2007, dog uten at lagmannsretten påviser hvilke punkter i departementets vedtak som er uriktige. Departementets vedtak av 5. desember 2007 var første gang departementet tok prinsipielt standpunkt til om vassdragsforvaltningen hadde kompetanse til å pålegge kommuner å tilbakebetale konsesjonsavgifter. Klagesaken var også lagt opp prinsipielt fra partenes side, jf. klagen over NVEs vedtak som er inntatt på side 250 – 288 i Det faktiske fellesutdraget, og kraftselskapenes kommentarer på side 297 – 299 i Det faktiske fellesutdraget. Departementets vedtak av 5. desember 2007 er som det også fremgår av bilag 1 og 2 resultat av en grundig behandling både i NVE og i departementet.

Det er følgelig grunn til å legge særlig vekt på den rettsoppfatningen som har kommet til uttrykk i departementets vedtak. Departementet var den nærmeste til å kjenne til forvaltningspraksis som var relevant for vurderingen av de prinsipielle spørsmål, og var gjennom klagebehandlingen også kjent med praksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner, jf. kommunens klage på side 253 – 254 i Det faktiske fellesutdraget. Det må videre legges til grunn at departementet selvfølgelig var kjent med sitt tidligere vedtak av 14. oktober 2004, som lagmannsretten har vist til på side 14 i dommen (se punkt 4.3.6 nedenfor), og som gjaldt etteroppgjør for konsesjonskraft i Glommavassdraget. Kommunen og LVK gjør gjeldende at departementet i prinsippvedtaket av 5. desember 2007 har inntatt et annet standpunkt enn i vedtaket fra 2004, slik også tingretten la til grunn på side 11 første hele avsnitt i dommen:

”Retten forstår det slik at departementet her har inntatt motsatt standpunkt av det som kom til uttrykk i det samme departementets vedtak av 14.10.04.”

Vedtaket fra 2004, som er et helt enkeltstående tilfelle, kan da ikke tillegges noen selvstendig rettskildemessig vekt ved lovtolkningen. Prinsippvedtaket av 5. desember 2007 er også fulgt opp i etterfølgende praksis.

Bilag 1: Norges vassdrags- og energidirektorats brev av 9. september 2008 vedrørende etteroppgjør av konsesjonsavgifter til og fra kommuner i Arendalsvassdraget for konsesjon av 26. juni 1992.

Av brevet side 1 første avsnitt fremgår:

”Olje- og energidepartementet fattet vedtak 05.12.07 i en tilsvarende klagesak i Aursunden (”Aursundensaken”), som har oppklart en del prinsipielle spørsmål som er relevante også for den foreliggende sak (”Arendalssaken”).” (uthevet her)

Om krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgifter fra kommunene uttalte NVE på side 2 i brevet:

"OEDs vedtak vedrørende Aursundensaken må forstås slik at NVE som vassdragsmyndighet ikke kan treffe vedtak som gjelder tilbakebetaling av for mye utbetalte avgifter til kommunene, da dette er privatrettslige forhold. Et eventuelt etteroppgjør i Arendalssaken overlates dermed i sin helhet til partene."

Videre fremlegges:

Bilag 2: Norges vassdrags- og energidirektorats brev av 20. januar 2009 vedrørende oppgjør etter OEDs vedtak om kraftgrunnlag i Numedalslågen.

Innledningsvis i brevet skriver NVE på side 1:

*"Vi beklager at vår oppfølging har tatt lang tid, dette skyldes i stor grad **arbeid med prinsipielle avklaringer** i denne type saker, bl.a. OEDs behandling ang. kraftgrunnlag i Aursunden." (uthevet her)*

Nederst på side 1 i brevet gjengis departementets prinsipielle syn i vedtaket av 5. desember 2007 på det rettslige grunnlaget for eventuelle krav fra kraftselskapet mot kommunen, og på side 2 første avsnitt uttaler NVE:

"OEDs vedtak vedrørende Aursundensaken må forstås slik at NVE som vassdragsmyndighet ikke kan treffe vedtak som gjelder tilbakebetaling av for mye utbetalte avgifter til kommunene, da dette er privatrettslige forhold. Et eventuelt etteroppgjør av for mye utbetalte avgifter for Numedalsreguleringen for 2001-02 overlates dermed i sin helhet til partene."

4.3.3 Praksis om etteroppgjør av konsesjonsavgift mellom kommune og regulant

Midlertidige konsesjoner som i denne sak – med helt tilsvarende ordlyd - gis rutinemessig av departementet i saker om fornyelse av vassdragskonsesjoner. Den midlertidige tillatelsen må tolkes i lys av praksis om fornyelse av reguleringskonsesjoner, som dommer Aasland viser til i sitt mindretallsvotum i Rt. 2000 side 452 der han påpeker:

"Det forelå en omfattende og entydig praksis ved fornyelse av reguleringskonsesjoner for at konsesjonsavgiftene ble gitt tilbakevirkning til starttidspunktet for den nye konsesjon."

Den praksis det er vist til gjaldt pålegg til regulantene om å betale nye økte konsesjonsavgifter tilbake til utløpstidspunktet for den gamle konsesjonen. Det finnes *intet eksempel* på at kommuner er pålagt å tilbakebetale konsesjonsavgifter til kraftprodusenten, og det rutinemessige forbeholdet må forstås i lys av praksis på daværende tidspunkt. Dette ble også dokumentert for lagmannsretten ved henvisning til departementets vedtak av 27. august 2004, som gjaldt fastsettelse av nytt kraftgrunnlag i Arendalsvassdraget, og hvor det i Det faktiske fellesutdraget side 206 ble uttalt:

”Dette er første sak hvor det fastsettes nytt kraftgrunnlag for tidligere reguleringer etter at det er gitt ny konsesjon for fortsatt regulering av vassdraget.”

4.3.4 Lagmannsrettens henvisning til praksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner er ikke relevant

Lagmannsretten har i første rekke underbygget sin rettsoppfatning med forvaltningspraksis som gjelder *deling* av konsesjonsavgifter mellom kommuner. Kommunen gjør gjeldende at det beror på en uriktig rettsanvendelse å tillegge denne praksis betydning for vurderingen av om det er lovgrunnlag for pålegge til en kommune om å tilbakebetale til regulanten. Når det gjelder saker om oppgjør *mellom kommuner* er det likeartede interesser/hensyn som gjør seg gjeldende, i motsetning til oppgjør mellom kommune og regulant. Denne praksis har uansett *ingen relevans* for krav om *tilleggsbetaling for levert konsesjonskraft*, den gjelder utelukkende konsesjonsavgifter. Før jeg sier noe mer om denne praksis påpekes følgende:

Den forvaltningspraksis lagmannsretten har vist til har ingen sammenheng med etteroppgjør ved utløp av vassdragskonsesjoner, men er hjemlet i vassdragsreguleringsloven § 11 post 2 hvor det framgår at vassdragsforvaltningen fordeler konsesjonsavgiftene *mellom berettigede kommuner* for 10 år av gangen:

”Avgiften til fylkeskommunene og til kommunene fordeles mellom disse innbyrdes etter bestemmelse av Kongen for 10 år ad gangen. Avgiften avsettes særskilt for hver kommune til et fond, som anvendes etter bestemmelse av fylkestinget eller kommunestyret.”

Denne fordelingen vedkommer ikke kraftselskapet, den gjelder kun fordelingen av konsesjonsavgift mellom de berettigede kommunene. Fordelingsvedtaket har overhodet ingen sammenheng med reguleringskonsesjonens utløp. For delingsvedtak foreligger det en *klar lovhjemmel* for å fordele avgiftene mellom kommunene hvert tiende år.

I en rekke saker har vassdragsforvaltningen truffet nytt fordelingsvedtak – opptil flere år - etter at tiårsperioden har utløpt, og det har da oppstått spørsmål om fordelingsvedtaket skal gis tilbakevirkende kraft. Det vil si om kommuner som har mottatt for mye konsesjonsavgifter etter forrige delingsperiodes utløp må betale tilbake konsesjonsavgiftene til kommuner som etter det nye delingsvedtaket har mottatt for lite konsesjonsavgifter. Når tiårsperioden har utløpt – uten at nytt fordelingsvedtak er truffet – tar NVE rutinemessig forbehold ved de årlige utbetalinger om krav om tilbakebetaling. Det er et eksempel på slikt årlig forbehold fra 2000 lagmannsretten har gjengitt og begrunnet resultatet med på side 13 – 14 i dommen, og også for å underbygge at det foreligger rettslig grunnlag for å kreve avsnvsrenter på krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgifter, jf. punkt 6 nedenfor.

Lagmannsretten har vist til *ett eksempel* på at NVE har pålagt en kommune til å tilbakebetale for mye mottatte konsesjonsavgifter til en annen kommune som følge av nytt delingsvedtak, NVEs vedtak av 21. desember 1992 (Det faktiske fellesutdraget side 31 flg.), som grunnlag for at det foreligger lovgrunnlag for et pålegg om tilbakebetaling fra kommune til regulant. Det er imidlertid

i saken vist til *tre eksempler* hvor kommuner *ikke* er pålagt å betale tilbake, jf. punkt 4.3.5 hvor det redegjøres nærmere for denne praksis.

4.3.5 Lagmannsrettens har misforstått praksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner

Den praksis lagmannsretten viser til om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner hvert tiende år, er ikke bare irrelevant for lovforståelsen i denne saken, lagmannsretten har også misforstått praksis. Lagmannsretten synes å legge til grunn at det foreligger *en ensartet praksis* om at tilbakebetaling *alltid skal skje* ved nytt delingsvedtak etter at tidligere delingsperiode har utløpt. Dette er uriktig. Under ankeforhandlingene viste kommunen til flere saker hvor forvaltningen nettopp hadde kommet til at tilbakebetaling ikke skulle skje ut fra en rimelighetsvurdering:

For det første ble det vist til Olje- og energidepartementets klagevedtak av 9. februar 2001 om deling av årlige konsesjonsavgifter i Månassdragnet, jf. Det faktiske fellesutdraget side 280 – 282. Departementet fant i denne saken ikke grunn til å pålegge Tinn kommune å tilbakebetale konsesjonsavgifter til kommunen som hadde mottatt for lite etter nytt fordelingsvedtak, selv om dette ikke var upåregnelig for Tinn kommune, jf. Det faktiske fellesutdraget side 282 tredje avsnitt:

“Olje- og energidepartementet kan vanskelig se at den nye fordelingen av ervervsavgifter var upåregnelig for Tinn kommune, siden de samme prinsipper ble lagt til grunn for avgiftsfordelingen for Frøystulfoss i 1992. Departementet mener imidlertid at en ny deling med virkning fra delingsperiodens begynnelse vil gi ekstraordinært store utslag for Tinn kommune. Departementet finner på denne bakgrunn urimelig at det nye fordelingsvedtaket skal ha virkning fra 01.01.95.

Etter dette har Olje- og energidepartementet kommet til at den nye delingen av årlige konsesjonsavgifter i Månassdragnet først får virkning fra 01.01.2000. Denne delingen gjelder frem til 31.12.2004.”

For det annet ble det under ankeforhandlingene vist til saken inntatt på side 171 flg. i Det faktiske fellesutdraget. Saken gjaldt NVEs fastsettelse av nytt kraftgrunnlag og deling av konsesjonsavgifter og konsesjonskraft fra kraftverk i Numedalslågen den 2. oktober 2003. Her uttalte NVE på side 175-176 i Det faktiske fellesutdraget:

“NVEs forslag til deling av konsesjonsavgifter den 10.11.2000 (VK-notat nr 13/2000) for 12 konsesjoner i Numedalslågen innebærer en omfordeling helt tilbake til 1994 for noen av konsesjonene. En slik omfordeling av konsesjonsavgifter vil få spesielt store og upåregnelig utslag for enkelte kommuner. Ettersom partene først ble informert om NVEs forslag til deling av konsesjonsavgifter i slutten av år 2000, finner vi det rimelig at et nytt fordelingsvedtak først blir gjeldende fra 01.01.2001.

En slik avgjørelse er i henhold til Olje- og energidepartementets avgjørelse i lignende saker, blant annet ved deling av konsesjonsavgifter i Hallingdalsvassdraget.” (uthevet her)

For det tredje ble det gjennom dokumentasjonen av ovenstående vist til saken om deling av konsesjonsavgifter for Hallingdalsvassdraget. Dette vedtaket var ikke fremlagt for lagmannsretten, men fremlegges som:

Bilag 3: Olje- og energidepartementets vedtak om bl.a. klage på deling av årlige konsesjonsavgifter i Hallingdalsvassdraget datert 9. april 2001.

Også her kom departementet til at den nye delingen av konsesjonsavgiftene ikke skulle gis virkning tilbake til forrige delingsperiodes utløp fordi dette ville *”..gi ekstraordinært store og upåregnelige utslag for to av kommunene”*, jf. side 6 i vedtaket.

I alle ovennevnte saker var det tale om betydelig mindre samlede krav enn de krav kraftselskapene har krevd Røros kommune for.

På denne bakgrunnen må det legges til grunn at lagmannsretten har misforstått forvaltningspraksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner, og en vesentlig del av begrunnelsen for lagmannsrettens konklusjon svikter. Dersom denne praksis riktig forstått skal legges til grunn for økonomiske etteroppgjør mellom kommune og regulant, måtte lagmannsretten ha kommet til et annet resultat enn det den gjorde i dommen. Av denne praksis fremgår at spørsmålet om kommunen skal pålegges plikt til å tilbakebetale beror på *fritt skjønn*, det er ikke tale om et lovbundet forvaltningsvedtak. Dersom denne praksis skal legges til grunn for vurderingen av om kommunen skal tilbakebetale konsesjonsavgifter til kraftprodusenten, må det således legges til grunn at spørsmålet om tilbakebetaling skal skje beror på forvaltningens frie skjønn, det er ikke tale om et lovbundet vedtak slik lagmannsretten legger til grunn.

4.3.6 Oppgjør mellom regulant og kommune, lagmannsrettens henvisning til departementets vedtak av 14. oktober 2004

For å underbygge at det foreligger lovgrunnlag for et pålegg om tilbakebetaling fra kommune til regulant viser lagmannsretten ved siden av praksis om deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner, til departementets vedtak av 14. oktober 2004 om virkningstidspunktet for nytt kraftgrunnlag i forbindelse med levering av *konsesjonskraft* i Glommavassdraget. Dette vedtaket som gjelder konsesjonskraft *er eneste kjente eksempel* på at forvaltningen har forutsatt at det skal skje etter etteroppgjør i disfavør av kommunen til fordel for regulanten. Idet det må legges til grunn at departementet har tilsidesatt den rettsoppfatningen dette vedtaket fra 2004 bygger på i prinsippvedtaket av 5. desember 2007, kan kommunen ikke se at vedtaket fra 2004 kan tillegges noen betydning for tolkningen av vassdragsreguleringsloven. For øvrig påla ikke departementet kommunene i Glommavassdraget noen konkrete betalingsforpliktelser, jf. Det faktiske fellesutdraget side 219 hvor departementet avsluttet slik:

”Departementet slutter seg for øvrig til NVEs uttalelse om at det er opp til partene å foreta det økonomiske etteroppgjøret som følge av nye kraftgrunnlag. Departementet

anser at slike forhandlinger skal føres mellom de kraftselskaper som har levert konsesjonskraft til de enkelte kommuner.”

5 KRAV OM ETTEROPPGJØR PÅ PRIVATRETTLIGE GRUNNLAG

Sør-Gudbrandsdal tingrett konkluderte i dommen av 27. januar 2009 med at det heller ikke foreligger noen *avtale* om eventuell tilbakebetaling fra kommunens side, jf. side 11-12 i tingrettens dom. Videre kom tingretten til at kraftselskapene heller ikke kunne kreve tilbakebetaling og tilleggsbetaling etter læren om *condictio indebiti*, jf. tingrettens dom side 12 – 14. Kommunen er av den oppfatning at tingrettens dom også på disse punkter er riktig, og at den derfor bør stadfestes. Når det gjelder et privatrettslig grunnlag for tilbakebetaling/tilleggsbetaling bemerker lagmannsretten *obiter* i annet hele avsnitt på side 15 i dommen:

”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 vedtaket om kraftgrunnlaget – forelå. Men slik saken ligger an finner lagmannsretten ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.”

Kommunen er uenig i lagmannsrettens vurdering, men på dette punktet er lagmannsrettens premisser så knappe at det ikke er mulig å ta stilling til hvilken rettsanvendelse eller bevisbedømmelse som er lagt til grunn, heller ikke om lagmannsretten mente at det forelå en *avtale* om etteroppgjør eller om plikten til å betale fulgte av læren om *condictio indebiti*. Kommunen nøyer seg derfor med å slutte seg til tingrettens dom for så vidt gjelder manglende privatrettslig grunnlag for kravene.

6 AVSAVNSRENTER

6.1 Lagmannsrettens rettsanvendelse

Lagmannsretten konkluderer også med at det er rettslig grunnlag for å pålegge kommunen å betale avsavnsrenter på for mye mottatte konsesjonsavgifter og tilleggsbetaling for konsesjonskraft i hele perioden 1997 – 2006, jf. lagmannsrettens dom side 15 – 16. Etter kommunens syn er domsgrunnene når det gjelder avsavnsrenter så vidt mangelfulle at det er vanskelig å etterprøve lagmannsrettens rettsanvendelse. Det synes imidlertid å være lagt til grunn fra lagmannsrettens side at det foreligger offentligrettslig grunnlag for rentekravet, og det synes særlig å være reelle hensyn som har begrunnet resultatet, jf. særlig fjerde avsnitt på side 16 i dommen. Også på dette punkt er lagmannsrettens dom i strid med departementets prinsippvedtak av 5. desember 2007:

”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.”

For ordens skyld peker jeg på at departementet i vedtak av 14. oktober 2004 om konsesjonskraft, overhodet ikke treffer noen avgjørelse om avsavnsrenter.

6.2 Betydningen av årlige forbehold ved deling av konsesjonsavgifter mellom kommuner

Lagmannsretten viser også for så vidt gjelder rentekravet til NVEs årlige forbehold om renter overfor kommuner hvor tiårsperioden for deling mellom kommunen har utløpt, jf. lagmannsrettens dom side 16 første og annet avsnitt, dog uten at lagmannsretten heller her gjør rede for avvikende praksis. Kommunen gjør gjeldende at slike forbehold som gjelder helt andre økonomiske etteroppgjør og som skjer i medhold av klar lovhjemmel, ikke kan tillegges noen vekt ved vurderingen av om kommunen må betale avsavnsrenter på krav fra kraftselskapene om tilbakebetaling av konsesjonsavgift og krav om tilleggsbetaling på konsesjonskraft. Det vises til det som er gjort gjeldende i punkt 4.3.4 og 4.3.5 om betydningen av slike forbehold og praksis om deling av konsesjonsavgifter.

6.3 Pålegg om betaling av renter til kraftprodusentene

Lagmannsretten viser videre - for å underbygge rentekravet - til at kraftselskaper pålegges dette ved etterbetaling av konsesjonsavgifter:

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

Denne henvisningen er ikke treffende, jf. også punkt 4.3.3 ovenfor. I de tilfellene som lagmannsretten har vist til er renteplikten fastsatt i vassdragsreguleringsloven § 11 post 3, i konsesjonen og klart forutsatt i Stortingsproposisjonen til den enkelte konsesjon. I den aktuelle stortingsproposisjonen i denne saken, St. prp. nr. 48 1996-97 *"Glommens og Laagens Brukseierforening. Tillatelse til regulering av Aursunden"* side 85 første spalte, ble det klart presisert at kraftprodusentene måtte betale renter på krav om etterbetaling av konsesjonsavgifter, jf. Det faktiske fellesutdraget side 86:

"Kommunene har krav på renter for for lite utbetalte avgifter fra 13.05.86."

Dette legges rutinemessig til grunn ved fornyelse av vassdragskonsesjoner, og det er denne praksis dommer Aasland viser til i sitt mindretallsvotum i Rt. 2000 side 452 flg.:

"Det forelå en omfattende og entydig praksis ved fornyelse av reguleringskonsesjoner for at konsesjonsavgiftene ble gitt tilbakevirkning til starttidspunktet for den nye konsesjon."

Ovenstående ble også påpekt av departementet i prinsippvedtaket av 5. desember 2007, jf. Det faktiske fellesutdraget side 388 hvor departementet nettopp understreket:

"Konsesjonærens plikt til å betale rente ved forsinket betaling er regulert i lov/konsesjon."

Kommunen og LVK er som nevnt *ikke kjent med ett eneste eksempel* fra forvaltningspraksis på at en kommune er pålagt å tilbakebetale konsesjonsavgifter til ett kraftselskap og følgelig heller ikke med noe tillegg av avsavnsrenter, og noe slikt eksempel ble heller ikke dokumentert av ankemotpartene for lagmannsretten.

6.4 Oppsummering

Når det gjelder kraftselskapenes krav om avsavnsrenter gjøres det gjeldende at det ikke foreligger noe rettslig grunnlag for Kraftselskapenes krav på avsavnsrenter. Det foreligger ingen lovhjemmel eller forvaltningspraksis som hjemler kraftselskapenes krav om avsavnsrenter på et offentligrettslig grunnlag.

Kommunen gjør gjeldende – i tråd med departementets prinsippvedtak av 5. desember 2007 - at spørsmålet om kraftselskapene kan kreve avsavnsrenter beror på alminnelige privatrettslige regler. I denne saken er det ikke grunnlag for å pålegge kommunen plikt til å betale avsavnsrente, jf. bl.a. Rt. 2002 side 71 flg. Sistnevnte dom fra Høyesterett åpner ikke for rentekrav på et *rent berikelsesgrunnlag*, dommen gjaldt renteplikt på erstatningsrettslig grunnlag. I denne sammenheng vises det bl.a. til Viggo Hagstrøm "*Obligasjonsrett*" 2003 side 586. I denne saken er det ikke andre grunnlag enn et rent berikelsesgrunnlag som kan gi grunnlag for rentekrav.

7 FORELDELSE

Idet lagmannsretten kommer til at det foreligger et offentligrettslig grunnlag for Kraftselskapenes krav, synes retten også å legge til grunn at NVE den 20. september 2006 rettsgyldig påla kommunen å tilbakebetale konsesjonsavgiftene og at kraftselskapene *tidligst kunne kreve oppfyllelse* på dette tidspunktet, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 1. På dette punktet er imidlertid lagmannsrettens premisser så knappe at det er vanskelig å se hvilken rettsanvendelse som er lagt til grunn. Lagmannsretten bemerker helt kort på side 16:

"Slik lagmannsretten 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."

Også på dette punktet er lagmannsrettens dom i strid med departementets prinsippvedtak av 5. desember 2007. Departementet la som kjent til grunn at forvaltningen ikke har kompetanse til å pålegge noen betalingsplikt for kommunen, og følgelig berodde også spørsmålet om kravet er foreldet på privatrettslige regler.

Kommunen gjør gjeldende at tilbakebetalingskravet foreldes suksessivt etter de alminnelige regler i foreldelsesloven, slik at foreldelsesfristen løper fra den uriktige betalingen har skjedd og tilbakebetalingskravet i prinsippet kunne vært fremmet. Om det skal gis tilleggsfrist må bedømmes med utgangspunkt i foreldelsesloven § 10 nr. 1, avgjørende er når kraftselskapene fikk tilstrekkelig kunnskap om kravene. På samme måte som for tingretten og lagmannsretten gjør kommunen gjeldende at kraftselskapene hadde tilstrekkelig kunnskap lenge før 20. september

2006 og kravet om tilbakebetaling av konsesjonsavgifter er således i sin helhet foreldet. Også kravet om tilleggsbetaling for konsesjonskraft er i det vesentlige foreldet.

8 FORHOLD AV BETYDNING FOR SPØRSMÅLET OM ANKEN SKAL FREMMES TIL BEHANDLING AV HØYESTERETT

8.1 Prinsipielle spørsmål om økonomiske etteroppgjør ved fornyelse av vassdragskonsesjoner

Saken reiser prinsipielle og generelle spørsmål om økonomiske etteroppgjør ved fornyelse av reguleringskonsesjoner etter vassdragsreguleringsloven. Tilsvarende spørsmål vil oppstå ved fornyelse av konsesjoner etter industrikonsesjonsloven, idet regelverket for konsesjonsavgifter og konsesjonskraft på dette punktet er likt. Sakens prinsipielle betydning understrekes ved at LVK har erklært partshjelp til støtte for kommunen for begge underinstansene, og nå også for Høyesterett.

Først og fremst reiser saken spørsmål om vassdragsforvaltningen (NVE og OED) *skal pålegge* en kommune å betale tilbake for mye mottatte konsesjonsavgifter ved fornyelse av vassdragskonsesjoner, om det er offentligrettslig grunnlag for et slikt krav. I forlengelsen av dette reises spørsmål om pålegget også skal omfatte avsavnsrenter til kraftselskapet fra kommunen mottok beløpet. Endelig reiser saken spørsmål om foreldelse ved denne type økonomiske etteroppgjør.

Problemstillingen i denne saken har oppstått som en følge av at nye vassdragskonsesjoner med fullstendige konsesjonsvilkår kommer mange år etter utløpet av forrige konsesjon. Dette er snarere regelen enn unntaket ved fornyelse av vassdragskonsesjoner, jf. i denne forbindelsen også Høyesteretts dom i Rt. 2000 side 452. Spørsmålet om etteroppgjør er derfor en praktisk problemstilling, og av hensyn til framtidige og verserende saker er det viktig å få avklart hvilket rettslig grunnlag krav om tilbakebetaling må vurderes etter; *offentligrettslige* eller *privatrettslige* regler.

Det verserer flere saker for tingrettene om tilsvarende økonomiske etteroppgjør mellom kommuner og kraftselskaper om betydelige beløp. For Vest-Telemark tingrett (sak nr. 09-074982TVI-VTEL) har bl.a. Agder Energi Produksjon AS tatt ut søksmål mot Nissedal kommune med krav om tilbakebetaling av over 8 millioner kroner i konsesjonsavgifter. Inntil lagmannsrettens dom forelå har kraftselskapene i saken for Vest-Telemark tingrett lagt til grunn den samme rettsoppfatningen vedrørende lovgrunnlaget for pålegg om tilbakebetaling som departementet i prinsippvedtaket av 5. desember 2007. I lys av lagmannsrettens dom har kraftselskapene endret syn:

Bilag 4: Prosesskriv til Vest-Telemark tingrett datert 19. november 2009.

Av bilag 4 side 2 fremgår:

”Det anføres imidlertid nå at tilbakebetalingskravet også kan gjøres gjeldende på offentligrettslig grunnlag.”

Etter lagmannsrettens oppfatning følger kommunenes betalingsforpliktelse i tilfeller som det foreliggende direkte av vassdragsreguleringsloven forstått på bakgrunn av praksis. Det dreier seg således om et strengt lovbundet vedtak, en plikt til å pålegge kommunen tilbakebetaling og tilleggsbetaling med tillegg av avsavnsrenter. Dette kan det under enhver omstendighet ikke være rettslig grunnlag for. Forvaltningsmessige og prosessøkonomiske hensyn tilsier at Høyesterett avklarer rettstilstanden.

8.2 Stor økonomisk betydning for Røros kommune

Saken har stor økonomisk betydning for Røros kommune. Tvistegjenstandens verdi beløper seg til mer enn 15 millioner kroner. De beløp kommunen er dømt av lagmannsretten til å betale er ikke i behold. Konesjonsavgiftene er disponert i tråd med loven og departementsfastsatte vedtekter til løpende næringsutvikling i kommunen. Dersom kommunen skal betale beløpet tilbake må det skje på bekostning av kommunens andre oppgaver og med frie midler.

8.3 Ankeforhandlingene

Det er ingen uenighet mellom partene om bevisbedømmelsen. Både for tingretten og lagmannsretten har hovedforhandlingen blitt gjennomført med ett hovedinnlegg fra hver av partene, på samme måte som for Høyesterett. Det har ikke blitt avgitt partsforklaringer eller vitneforklaringer verken for tingretten eller lagmannsretten, hvilket har sammenheng med at saken utelukkende reiser rettsspørsmål.

Dersom ankesaken henvises til behandling i Høyesterett legges det til grunn at det bør settes av 1 ½ dag til forhandlingene.

9 PÅSTAND

På vegne av Røros kommune og LVK nedlegges slik

påstand:

1. Tingrettens dom, med unntak av saksomkostningsavgjørelsene, stadfestes.
2. Lagmannsrettens dom, slutningens punkt 3 og 4, stadfestes.
3. Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS dømmes in solidum til å erstatte Røros kommune og Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

Ankeerklæringen i 10 – ti – likelydende eksemplarer.

Oslo, 27. november 2009
Advokatfirmaet Lund & Co DA



Ulf Larsen
Advokat ved Høyesterett



Norges
vassdrags- og
energidirektorat

adresseliste

Middelthuns gate 29

Postboks 5091, Majorstuen
0301 OSLO

Telefon: 22 95 95 95
Telefaks: 22 95 90 00
E-post: nve@nve.no
Internett: www.nve.no

Vår dato: 09 SEPT 2008

Vår ref.: NVE 200700766-16 kiv/lph

Arkiv: 314 /019.11

Deres dato:

Deres ref.:

Saksbehandler:

Laila P. Høivik

22 95 92 67

Org.nr.:

NO 970 205 039 MVA

Bankkonto:

7684 05 08971

Ang. etteroppgjør av konsesjonsavgifter til og fra kommuner i Arendalsvassdraget, for konsesjon av 26.06.1992

Vi viser til tidligere korrespondanse i saken, sist vårt brev av 22.10.07. Olje- og Energidepartementet fattet vedtak 05.12.07 i en tilsvarende klagesak i Aursunden ("Aursundensaken"), som har oppklart en del prinsipielle spørsmål som er relevante også for foreliggende sak ("Arendalssaken").

I Arendalssaken er bildet noe komplisert, der noen kommuner har mottatt for lite avgifter over tid, mens andre kommuner og staten har mottatt for mye konsesjonsavgifter. Vi håper derfor at dette brevet vil være oppklarende for partene. Dette er et rent informasjonsbrev hvor det ikke fattes enkeltvedtak, og har derved ikke klageadgang.

Tidligere har NVE hatt som praksis som en serviceytelse å håndtere beregningen av etteroppgjøret mellom partene, selv om vi rettslig sett ikke har vært forpliktet til det. I klagesaken nevnt innledningsvis poengterte OED at NVEs rolle som konsesjonsmyndighet hovedsakelig er å fastsette kraftgrunnlag. Videre plikter NVE å fastsette avgiftsfordelingen mellom kommunene. Avgiftssatsen er fastsatt i konsesjonen, og indeksjusteres av NVE.

Departementet konkluderte videre med at det konsesjonsrettslige rammeverket bare regulerer "kraftverkens 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 oppgjør dermed følge privatrettslige regler."

NVE legger til grunn at konsesjonærens plikt til å etterbetale skyldig konsesjonsavgift er hjemlet i det konsesjonsrettslige rammeverket, mens dette ikke er tilfelle for stat eller kommune. Uavhengig av hjemmelsgrunnlaget for tilbakebetalingsplikten, kan imidlertid ikke NVE se at vi er forpliktet til å foreta selve beregningene vedrørende etterbetalinger. Av hensyn til NVEs nåværende ressursituasjon vil vi i fremtiden ikke kunne håndtere slike beregninger.

Tilbakebetaling fra konsesjonær til kommuner i Arendalssaken

NVE forstår OEDs vedtak i Aursundensaken slik at konsesjonær har plikt til å etterbetale for lite utbetalte avgifter, med renter.



Kraftgrunnlaget og avgiftsfordelingen i Arendalssaken ble vedtatt i 2001 og 2002. I denne saken er det gamle kraftgrunnlaget brukt fram til og med 2005, deretter ble det nye kraftgrunnlaget tatt i bruk. Vi viser til KTV-notat 27/2006 (vedlagt vårt brev av 24.04.06), og en nærmere oppsplitting i brev av 26.06.07, der både det nye og det gamle kraftgrunnlaget, avgiftssatsen og avgiftsfordelingen er detaljert. Rentesats fram til ny konsesjon ble gitt er også fastsatt, i konsesjonen. Selve etteroppgjøret overlates til partene.

Tilbakebetaling fra kommuner til konsesjonær i Arendalssaken

OEDs vedtak vedrørende Aursundensaken må forstås slik at NVE som vassdragsmyndighet ikke kan treffe vedtak som gjelder tilbakebetaling av for mye utbetalte avgifter til kommunene, da dette er privatrettslige forhold. Et eventuelt etteroppgjør i Arendalssaken overlates dermed i sin helhet til partene. Vi viser til avsnittet over om "Tilbakebetaling fra konsesjonær til kommuner" for en oversikt over elementene som inngår i etteroppgjøret.

Tilbakebetaling fra staten til konsesjonær i Arendalssaken

Vi kommer tilbake til dette i et eget brev til konsesjonærene.

Med hilsen

Rune Flåtby
avdelingsdirektør

Jens Aabel
seksjonssjef



adresseliste

Agder Energi Produksjon AS		4748 RYSSTAD
Arendals Fossekompani ASA	Bøylefoss	4820 FROLAND
Arendals Vasdrags Brugseierforening	Postboks 637	4809 ARENDAL
Adv. firmaet Hjort DA	Postboks 471 Sentrum	0105 OSLO
Kviteseid kommune		3850 KVITSEID
Nissedal kommune		3855 TREUNGEN
Fyresdal kommune		3870 FYRESDAL
Åmli kommune		4865 ÅMLI
Froland kommune	Osdalen	4820 FROLAND
Arendal kommune	Serviceboks 650 Rådhuset	4809 ARENDAL
Grimstad kommune	Serviceboks 503	4898 GRIMSTAD
Tokke kommune		3880 DALEN
Valle kommune	Postboks 4	4747 VALLE
Telemark fylkeskommune		3706 SKIEN
Aust-Agder fylkeskommune	Serviceboks 606	4809 ARENDAL



Norges
vassdrags- og
energidirektorat

NVE

Bilag: 2

alle på vedlagte adresseliste



Nore og Uvdal kommune

Mottatt: **26 JAN. 2009**

Arkivkode: 233 500

Saksnr.: 05/1537-6 Saksbeh.: ANR

Kopi: FPE

Middelthuns gate 29

Postboks 5091, Majorstuen
0301 OSLO

Telefon: 22 95 95 95
Telefaks: 22 95 90 00
E-post: nve@nve.no
Internett: www.nve.no

Org.nr.:
NO 970 205 039 MVA
Bankkonto:
7694 05 08971

Vår dato: **20 JAN 2009**

Vår ref.: NVE 200707242-3 ktv/pcb

Arkiv: 314 /015.Z

Deres dato:

Deres ref.:

Saksbehandler:

Laila P. Høivik

22 95 92 67

Oppgjør etter OEDs vedtak om kraftgrunnlag i Numedalslågen

Vi viser til OEDs brev av 7.8.2007, som opprettholder NVEs vedtak av 2.10.2003 om kraftgrunnlag for konsesjonsavgifter og –kraft i Numedalslågen. Vi beklager at vår oppfølging har tatt lang tid, dette skyldes i stor grad arbeid med prinsipielle avklaringer i denne type saker, bl.a. OEDs behandling av klage ang. kraftgrunnlag i Aursunden.

Dette brevet omhandler oppfølging av OEDs vedtak, og utbetaling av tilbakeholdte midler fra NVE.

I. OEDs vedtak – nytt kraftgrunnlag

18.05.2001 ble det gitt ny konsesjon for regulering av Numedalslågen, som erstattet 7 tidligere reguleringskonsesjoner i vassdraget. NVE fattet vedtak 2.10.2003 om nytt kraftgrunnlag for den nye konsesjonen. Fram til 2003 ble de årlige konsesjonsavgiftene beregnet etter kraftgrunnlagene som gjaldt for de tidligere, nå utløpte, konsesjonene. Fra og med 2003 ble det nye kraftgrunnlaget tatt i bruk ved beregning av årlig konsesjonsavgift.

Vedtaket ble påklaget, men OEDs klageavgjørelse 07.08.2007 ga ikke klager medhold.

Det nye kraftgrunnlaget gir samlet noe lavere avgift enn før. Den ble tatt i bruk for 2003, men skal gjelde fra ny konsesjon ble gitt 18.05.2001. For årene 2001 og 2002 er det betalt ut avgift beregnet på det gamle kraftgrunnlaget, for disse to årene er det derfor betalt ut for mye konsesjonsavgifter til både stat og kommuner, og spørsmålet om et etteroppgjør kommer opp.

Tidligere har NVE hatt som praksis som en serviceytelse å håndtere beregningen av etteroppgjør mellom partene, selv om vi rettslig sett ikke har vært forpliktet til det. I klagesaken nevnt innledningsvis poengterte OED at NVEs rolle som konsesjonsmyndighet hovedsakelig er å fastsette kraftgrunnlag. Videre plikter NVE å fastsette avgiftsfordelingen mellom kommunene. Avgiftssatsen er fastsatt i konsesjonen, og indeksjusteres av NVE.

Departementet konkluderte videre med at det konsesjonsrettslige rammeverket bare regulerer "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 oppgjør dermed følge privatrettslige regler."

Tilbakebetaling fra kommuner til kraftverkseier

OEDs vedtak vedrørende Aursundensaken må forstås slik at NVE som vassdragsmyndighet ikke kan treffe vedtak som gjelder tilbakebetaling av for mye utbetalte avgifter til kommunene, da dette er privatrettslige forhold. Et eventuelt etteroppgjør av for mye utbetalte avgifter for Numedalsreguleringen for 2001-02 overlates dermed i sin helhet til partene.

Vi minner om at årlig konsesjonsavgift per kommune, per kraftverk, beregnes som:

$\text{Konsesjonsavgift} = (\text{kraftgrunnlag for kraftverket}) \times (\text{avgiftssats}) \times (\text{kommunens prosentandel})$

Følgende oversikt viser elementene som er nødvendige for å kunne gjennomføre et etteroppgjør for 2001 og 2002.

Kraftgrunnlag per kraftverk (nat.hk.)	Utløpte reguleringskonsesjoner, konsesjonsdato:							Ny konsesjon 18.05.01
	06.05.21	11.09.25	31.10.46	05.03.48	28.06.52	29.06.56	26.06.64	
Brukt v/utbet av avgift:	2001 og 2002							Fra 2003
Skal gjelde for:	01.01-18.05.2001							F.o.m. 18.05.01
Nore I kraftverk	100 688	18 220	29 247	4 795	1 438	1 438	11 025	152 912
Nore II	27 944	5 056	8 117	1 330	400	400	2 793	37 781
Mykstufoss	16 908	3 060	4 910	805	240	240	1 046	25 684
Djupdal	4 423	800	1 285	211	63	63	274	6 719
Pikerfoss	3 779	683	1 098	180	54	54	234	5 741
Nybrofoss	420	0	0	0	0	0	0	2 251
Gamlebrofoss	4 017	727	1 167	191	57	57	249	6 123
Skollenborg	17 140	3 102	4 979	816	245	245	1 061	26 024
Vittingfoss	5 656	1 024	1 642	269	80	80	350	8 590
Sum (nat.hk.)	180 975	32 672	52 445	8 597	2 577	2 577	17 032	271 825
avgiftssats til kommuner 2001-2002 (kr/nat.hk.)	25,34	48,01	14,16	14,16	26,66	23,90	29,54	25,00

Avgiftsfordeling mellom kommunene	Utløpte reguleringskonsesjoner, konsesjonsdato:							Ny konsesjon 18.05.01
	06.05.21	11.09.25	31.10.46	05.03.48	28.06.52	29.06.56	26.06.64	
Brukt v/utbet av avgift:	2001 og 2002							Fra 2003
Skal gjelde for:	01.01-18.05.2001							F.o.m. 18.05.01
Nore og Uvdal kommune	100,0 %	79,6 %	80,0 %	44,0 %	44,0 %	44,0 %	94,0 %	87,9 %
Hol kommune		20,4 %	20,0 %	54,0 %	6,0 %	54,0 %	6,0 %	11,6 %
Eidfjord kommune				2,0 %	49,0 %	2,0 %		0,5 %
Ullensvang					1,0 %			

Tilbakebetaling fra staten til kraftverkseier

Vi kommer tilbake til dette i et eget brev til kraftverkseierene.

II. Utbetaling av tilbakeholdte midler

Fordelingen av konsesjonsavgiftene skal tas opp til ny behandling hver 10. år. Fra 1995 holdt NVE tilbake en andel av konsesjonsavgiftene, 15 %, i påvente av nytt fordelingsvedtak. NVE forutså at avgiftsfordelingen ville bli endret, og formålet var å unngå at kommunene selv måtte omfordele avgifter for venteperioden seg imellom etter at nytt delingsvedtak var fattet. Utbetalingen ble derfor midlertidig redusert for alle kommunene. Fordelingsvedtaket ble kraftig forsinket og fattet først i 2002.



Praksisen med å holde tilbake avgifter har NVE gått bort fra i de senere år, og vi beklager at ikke de tilbakeholdte beløpene har blitt utbetalt tidligere. Når vi nå har tatt saken opp igjen, viser det seg dessverre at selv om NVE har holdt tilbake avgifter, ble det ikke holdt tilbake nok avgifter til fullt ut å dekke endringen i avgiftsfordeling. Det vil si at selv den midlertidige (reduerte) utbetalingen ga mer avgifter til enkelte av kommunene enn det som ble vedtatt i den endelige avgiftsfordelingen.

Differansen mellom den vedtatte fordelingen av avgifter, og de faktisk utbetalte avgiftene for hele perioden, er vist i den følgende oversikten. Den fullstendige beregningen er vist i vedlagte regneark.

	Vedtatt fordeling (kr)	Midlertidig utbetalt (kr)	Differanse (kr)
Nore og Uvdal kommune	44 807 049	41 658 450	-3 148 599 fått for lite
Rollag kommune	4 995 039	5 834 742	839 702 fått for mye
Flesberg kommune	3 330 026	2 917 371	-412 655 fått for lite
Hol kommune	4 731 802	5 834 742	1 102 939 fått for mye
Eidfjord kommune	463 918		-463 918 fått for lite
Ullensvang kommune	19 582		-19 582 fått for lite

De utestående beløpene til kommunene som har mottatt for lite avgifter utgjør totalt kr. 4 044 754,-. Beløpet som NVE har holdt tilbake utgjør kr. 2 613 131,- i dag, og dekker ikke fullt ut det utestående.

I tabellen under er det vist i prosent hvordan det totale utestående beløpet fordeler seg mellom de fire kommunene som har mottatt for lite. Det tilbakeholdte beløpet NVE har til disposisjon kan eventuelt betales ut til disse fire kommunene etter samme prosentfordeling, slik:

	Andel av totalt utestående	Kan motta fra NVE (kr)
Nore og Uvdal kommune	77,8 %	2 034 166
Flesberg kommune	10,2 %	266 598
Eidfjord kommune	11,5 %	299 716
Ullensvang kommune	0,5 %	12 651
		2 613 131

Som nevnt i del I av dette brevet, ligger det utenfor det konsesjonsrettslige rammeverket for NVE å kreve tilbake avgifter fra kommuner som har mottatt for mye avgifter. Et eventuelt videre oppgjør av det resterende beløpet må derfor overlates til de aktuelle kommunene.

Eventuelle kommentarer til våre beregninger bes sendt oss innen **20. februar**. Etter dette vil NVE betale ut de tilbakeholdte avgiftene som vist ovenfor.

Med hilsen

Jens Aabel
seksjonssjef

Laila P. Høivik
overingeniør



Adresseliste: Nore og Uvdal kommune, 3630 RØDBERG
Rollag kommune, 3626 ROLLAG
Flesberg kommune, 3623 LAMPELAND
Hol kommune, Ålmannvegen 8, 3576 HOL
Eidfjord kommune, Simadalsvegen 1, 5783 EIDFJORD
Ullensvang herad, 5780 KINSARVIK
EB Kraftproduksjon AS, Postboks 1563 Postterminalen, 3007 DRAMMEN
Statkraft Energi AS, Postboks 200 Lilleaker, 0216 OSLO
Kongsberg Energi Eiendom AS, Møllebakken 4, 3611 KONGSBERG
Ringeriks-Kraft AS, Serviceboks 22, 3504 HØNEFOSS
Numedals-Laagens Brugseierforening, 3630 RØDBERG

OED

OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET

Filnavn: H:\ML\Hallingdalsvassdrage\Klage.Konsesjonsavgifter.doc

Likelydende brev til
Kongsberg kommune
Ål kommune
Gol kommune
Krødsherad kommune

Arkivoriginal

Elooy, Pika

Deres ref.:

Vår ref
OED 2000/0600 EV ML

- 3

me
Date
09 APR 2001

Konsesjoner for regulering mv. i Hallingdalsvassdraget. Klage på deling av årlige avgift til kommuner

Det vises til ovennevnte klage brakt inn for departementet ved Deres brev av 08.02.2000. NVE har vurdert saken på nytt og opprettholder sitt vedtak i brev av 20.06.2000 til Olje- og energidepartementet.

Sakens bakgrunn

Bakgrunnen for saken er at 9 konsesjoner i Hallingdalsvassdraget har vært oppe til ny fordeling. Den 27.01.2000 fattet NVE et nytt delingsvedtak for perioden 01.01.95 - 31.12.2004, dvs fem år etter at et nytt delingsvedtak skulle ha vært fattet. På grunn av ressursmangel hos NVE ble ikke beregningene for den nye fordelingen satt i gang før slutten av 1995 og utkast til vedtak om ny deling av konsesjonsavgifter ble første gang sendt ut på høring 26.08.1999. I forbindelse med fordelingsforslaget arrangerte NVE et møte med berørte parter, noe som resulterte i at delingsforslaget ble revidert og sendt på ny høring. 6 kommuner innga bemerkninger til denne og delingsvedtaket ble på nytt revidert på bakgrunn av beregninger foretatt av kommunenes innleide konsulent, Hydrologiservice AS.

Postadresse
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo
<http://www.oed.dep.no/>

Kontoradresse
Einar Gerhardsens plass 1

Telefon*
22 24 90 90 / 22 24 63 01
Org. nr
977 161 630

Energi- og
vassdragsavdelingen
Telefaks
22 24 95 68

Saksbehandler
Marianne Lindholm
22 24 63 70

Fire kommuner har klaget på fordelingsvedtaket: Kongsberg, Krødsherad, Ål og Gol kommune. Klagen er ulikt begrunnet og vil bli behandlet hver for seg.

Ved brev av 08.03.2000 fra NVE ble kommunene gitt anledning til å uttale seg om klagen. Nes kommune var den eneste av kommunene som uttalte seg.

Klagen

1. Kongsberg kommune

Kongsberg kommune ber klageinstansen om å prøve vedtakets innhold, dets rettslige grunnlag og saksbehandlingen. Kommunen stiller spørsmål ved at en ny beregning av overføringsandelen får så store økonomiske konsekvenser. Kommunenes andel er redusert fra kr. 117 982,- til kr. 18 151,- ved det siste fordelingsforslaget.

2. Krødsherad kommune

Krødsherad kommune har tre klagepunkter.

I. Delingsvedtaket legger til grunn at Krøderen ikke lenger er "utbygget elvestrekning" og i henhold til retningslinjene i VV-notat nr. 1/87 ikke har krav på noen andel av konsesjonsavgiftene. Kommunen mener Krøderen er påvirket av Krøderenreguleringen og regulering ligger opp i vassdraget. Kommunens påstand er at NVEs vedtak om deling av konsesjonsavgifter i Hallingdalsvassdraget, datert 27.01.00, må oppheves og ny deling må foretas der Krøderen anses som en del av utbygget elvestrekning. Videre hevder kommunen at det er en endring av praksis ved deling av konsesjonsavgiftene som fremstår som vilkårlig og upåregnelig.

II. Tidsbruken i saken bør få en av to konsekvenser : Dersom deling skal gjennomføres i samsvar med NVE's fordelingsvedtak kan dette ikke gis virkning for inneværende avgiftsperiode, men først iverksettes fra 01.01.2005. Subsidiært kan ikke delingsvedtaket gis tilbakevirkende kraft, dvs. ny deling kan tidligst gjennomføres med virkning fra 2000.

III. Krav om tilbakebetaling for 1995 og 1996 er foreldet i henhold til foreldelsesloven.

Selv om det ikke er fattet formelt vedtak om tilbakebetaling fremkommer det, ifølge kommunen, forutsetningsvis av NVEs argumentasjon overfor Gol kommune at man forutsetter tilbakebetaling med renter av beløp mottatt ut over det som fremgår av delingsvedtaket.

3. Ål kommune

Klagen bygger på at NVEs deling av konsesjon ikke er gjennomført likt ut fra at hvert kraftverk ikke er blitt behandlet hver for seg. Kommunen hevder at NVE bør utføre beregninger i fullt samsvar med den faktiske situasjonen; et magasin bør bare få avgift fra det kraftverk som faktisk nyter godt av reguleringen.

4. Gol kommune

Gol kommune har to klagepunkter:

I. Kommunen klager på at utbygd elvestrekning ikke får noen andel av avgiftene når elvestrekningen ligger i en kommune og kraftverket i en annen. Kommunen ber om at det i slike tilfeller blir benyttet det skjønnsom som er nødvendig for å rette opp denne åpenbare skjevheten.

II. Kommunen hevder i likhet med Krødsherad kommune at et eventuelt tilbakebetalingskrav delvis er foreldet.

NVEs vedtak og vurdering

1. Kongsberg kommune

Ved første utregning ble overføringsandelen fra Rødungen beregnet feil og etter at NVE ble gjort oppmerksom på dette av konsulentfirmaet Hydrologiservice AS ble andelen av total konsesjonsavgift fra 1962-konsesjonen redusert fra 1,3% til 0,2%. NVE påpeker at dersom det blir funnet faktiske feil under høringsrunden må opprinnelige forslag rettes opp slik at vedtaket blir så korrekt som mulig.

2. Krødsherad kommune

I. NVE har basert sitt vedtak på en uttalelse i St.prp.nr. 125 for 1962-63 " Om tillatelse for Foreningen til Hallingdalsvassdragets Regulering til å regulere Krøderen i Buskerud fylke". Her fremgår det at reguleringsgrensene ligger innenfor den naturlige vannstandvariasjonen i Krøderen. Utfra dette anser NVE at Krøderen ikke er berørt i tilstrekkelig grad til å motta konsesjonsavgifter for reguleringer lengre opp i Hallingdalsvassdraget.

I forhold til kommunens påstand om at fordelingsvedtaket medfører vilkårlighet og upåregnelighet viser NVE til brev av 02.11.1993 skrevet av Nærings- og energidepartementet til Alvdal kommune. I brevet opplyses at retningslinjene for fordeling av konsesjonsavgifter i vassdrag stort sett har vært gjeldende siden 1960-tallet og at fordelingsnormen nå legges til grunn i alle fordelingssaker. Videre i brevet fremgår det at en generell bruk av retningslinjene vil hindre forskjellsbehandling og øke forutberegneligheten i fordelingssakene.

II. NVE beklager at gyldig delingsvedtak ikke er fattet før utløpet av delingsperioden. Dette skyldes stor arbeidsmengde og lav bemanning kombinert med sykdom. NVE påpeker at kommunene ble informert om en mulig omfordeling av avgiftene i 1995 samtidig som avgifter ble holdt tilbake. Kommunene får også hvert år en generell orientering om situasjonen dersom delingsperioden er utløpt og ny deling mellom kommunene ennå ikke er foretatt. Etter NVEs mening bør dette være nok informasjon om at det kan skje endringer i fordelingsnøkkelen mellom kommunene i kommende delingsperiode.

III. NVE holder spørsmålet om tilbakebetaling utenom klagebehandlingen på det nåværende tidspunkt.

3. Ål kommune

Ifølge NVE er det vanlig prosedyre å slå sammen kraftøkningen fra flere kraftverk hvor det dreier seg om fordeling av avgifter fra mindre kompliserte konsesjoner.

Hydrologiservice AS og NVE har like tall i forhold til overføringsandeler og elveandelene. Det som medfører ulik delingsprosent er at magasinfordelingen mellom kommunene ikke er basert på de samme tallene. I motsetning til NVE har Hydrologiservice AS brukt tall fra høringsnotat som ikke er oppdatert i forhold til nye opplysninger fra Oslo Energi Produksjon.

4. Gol kommune

I. I følge NVE er Gol kommunes situasjonen spesiell da Hallingdalselven er definert som utbygd elvestrekning og kommunen er berørt i "relativt stor grad" av både Hols- og Uste-Nes reguleringene. NVE støtter seg på retningslinjene i VV-notat nr. 1/87 som fastslår at utbygd elvestrekning vanligvis ikke tildeles noen del av konsesjonsavgiftene. Videre viser NVE til VK-notat nr. 2/2000 av 18.01.2000 hvor det framgår at det for tiden pågår et arbeid med å se på mulighetene for å forenkle beregningsgrunnlaget for konsesjonsavgifter. I dette arbeidet kan det også bli aktuelt å vurdere endringer i forbindelse med tildelingen av avgifter. Det er ifølge NVE helt i tråd med gjeldende praksis ved avgiftsfordelingen at det ikke tildeles konsesjonsavgifter til utbygd elvestrekning.

II. NVE kommenterer ikke påstanden om at et eventuelt tilbakebetalingskrav vil være foreldet.

Departementets vurdering

1. Kongsberg kommune

Det er åpenbart at feil som skyldes uriktige beregninger må rettes opp. Bakgrunnen for høringsrunden er nettopp ønske om å fange opp feil slik at disse kan rettes opp før vedtak fattes. Det nye fordelingsvedtaket er uansett til Kongsberg kommune fordel idet kommunen ikke har mottatt noen andel av konsesjonsavgiftene tidligere.

Departementet peker på at fordelingen som NVE har foretatt, er helt i overensstemmelse med gjeldende regelverk for fordeling.

Kongsberg får på dette grunnlag ikke medhold i sin klage.

2. Krødsherad kommune

I. Den tiårige revisjonen av fordelingsvedtaket skal sikre at fordelingsnøkkelen mellom kommunen bygger på de faktiske forhold i vassdraget.

Når reguleringen er innenfor Krøderens naturlige vannstandvariasjoner er det ikke grunnlag for å få kompensasjon ved å tildeles en andel av konsesjonsavgiftene for reguleringer lenger opp i vassdraget.

I forhold til påstanden om at bruk av retningslinjene i VV-notat nr. 1/87 medfører vilkårlighet og upåregnelighet vil departementet bemerke at retningslinjene baserer

seg på mange års praksis. Klare retningslinjer er hensiktsmessig både i forhold til forutberegnelighet og likebehandling samt at det er grunnlaget for en rasjonell saksbehandling.

II. Kommunen har klaget på at den nye fordelingen gis tilbakevirkende kraft. Departementet vil påpeke at kommunen på forhånd må være klar over av avgiftsfordelingen kan bli endret og innrette seg etter det. NVE har hvert år i forbindelse med konsesjonsutbetalingen tatt forbehold om et senere oppgjør med tilbakevirkende kraft dersom den tidligere delingen skulle bli endret. Bare i tilfelle der man får ekstraordinært store eller upåregnelige utslag kan det komme på tale å fravike det prinsipp at ny fordeling gjøres gjeldende fra den tid gammel delingsperiode utløper.

For Krødsherad kommune medfører den nye fordelingen et fullstendig tap av konsesjonsavgifter fra tre reguleringer. Tatt i betraktning av at kommunen tidligere har mottatt omlag kr. 1 000 000,- årlig fra disse reguleringene, kan ikke fullstendig bortfall sies å ha vært påregnelig. For Krødsherad kommune utgjør dette en betydelig inntektsreduksjon som vil få ekstraordinært store utslag dersom fordelingsvedtaket blir gjort gjeldende fra 01.01.1995. Departementet finner det derfor urimelig at det nye fordelingsvedtaket skal ha virkning fra 01.01.1995.

III. På bakgrunn av det ovenstående finner ikke departementet det nødvendig å behandle anførselene vedrørende foreldelse.

3. Ål kommune

Det er vanlig prosedyre å slå sammen kraftøkningen fra flere kraftverk ved mindre kompliserte konsesjoner. Avviket mellom Hydrologiservice AS og NVEs beregninger av konsesjonsavgiftsfordelingen skyldes at innleid konsulentfirma ikke har anvendt det nye korrekte tallmateriale.

Kommunen får etter dette ikke medhold i sin klage.

4. Gol kommune

I. Retningslinjene i VV-notat nr. 1/87 gir en felles norm for fordeling av konsesjonsavgifter hvor fremgår at utbyggingsstrekningen ikke skal tildeles konsesjonsavgift. Dette er nå et innarbeidet prinsipp. I spesielle tilfeller kan denne praksisen fravikes etter en skjønnsmessig vurdering. Departementet kan ikke se at det finnes tilstrekkelig grunnlag for å fravike en slik praksis.

Nytt fordelingsvedtak medfører en inntektsreduksjon på omlag kr. 900 000,- i året, slik at ny avgift vil være på i underkant av kr. 300 000,- i året. Departementet finner at det nye fordelingsvedtaket vil få ekstraordinært store og upåregnelige utslag for Gol kommune og finner det derfor urimelig å gjøre nytt fordelingsvedtak gjeldende fra 01.01.1995.

II. På bakgrunn av det ovenstående finner ikke departementet det nødvendig å behandle spørsmålet om eventuell foreldelse.

Etter departementets vurdering er de fordelinger NVE har foretatt helt i overensstemmelse med de gjeldende fordelingsprinsipper med hensyn til fordelingsnøkkelen mellom kommunene. Klagene knyttet til selve fordelingsvedtaket gir derfor ikke grunnlag for å omgjøre NVEs vedtak.

Gjøres den nye fordelingen gjeldende fra 01.01.1995 vil det derimot gi ekstraordinært store og upåregnelige utslag for to av kommunene.

Klagene fra Krødsherad og Gol tas på den bakgrunn delvis til følge.

Etter dette er Olje- og energidepartementet kommet til at fordelingsvedtaket av 27.01.2000 først skal få virkning fra 01.01.2000 fram til 31.12.2004. Dette omfatter alle kommunene med krav på konsesjonsavgifter etter fordelingsvedtaket.

For perioden 01.01.1995 fram til 31.12.1999 settes kommunenes andel av konsesjonsavgiftene lik andelene i foregående fordelingsperiode. Forøvrig opprettholdes NVEs vedtak.

Dette vedtaket kan ikke påklages, jf. forvaltningslovens § 28 første ledd annet punktum.

Etter fullmakt

Per Håkon Høisveen
ekspedisjonssjef

Wencke Langlie
fung. avdelingsdirektør

Kopi:
Flå kommune
Hemsedal kommune
Lardal kommune
Flesberg kommune
Ulvik Herad
Rollag kommune
Nore og Uvdal kommune
Modum kommune
Nes kommune
Hol kommune
Fylkesmannen i Buskerud
Fylkesmannen i Vestfold
Fylkesmannen i Hordaland

Innkommet

20 NOV 2009

Scannet

PROSESSKRIV

til

Vest-Telemark tingrett

Sak nr 09-074982TVI-VTEL

Oslo, 19. november 2009

Vår referanse 3622206/1

- Saksøker 1** Agder Energi Produksjon AS v/styrets leder
Serviceboks 603, 4606 Arendal
- Saksøker 2** Arendals Fossekompani ASA v/ styrets leder
Bøylefoss, 4820 Froland
- Prosessfullmektig** Advokat Charlotte Heberg Trondal
Advokatfirmaet Thommessen AS
Postboks 1484 Vika, 0116 Oslo
- Saksøkt** Nissedal kommune v/ordføreren
3855 Treungen
- Prosessfullmektig** Advokatfullmektig Tonje Forså Aas
Advokatfirmaet Lund & Co DA
Postboks 1148 Sentrum, 0104 Oslo
- Partshjelper** Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar
Postboks 1148 Sentrum, 0104 Oslo
- Prosessfullmektig** Advokat Ulf Larsen
Advokatfirmaet Lund & Co DA
Postboks 1148 Sentrum, 0104 Oslo
- Saken gjelder** Krav om tilbakebetaling av for mye innbetalt konsesjonsavgift

* * *

1 PRODUSENTENES KRAV PÅ TILBAKEBETALING KAN OGSÅ FORANKRES I ET OFFENTLIGRETTLIG GRUNNLAG

Som det fremgår av stevningen av 6. mai 2009, jf saksøkernes sluttinnlegg av 15. oktober 2009, gjøres Agder Energi Produksjons og Arendals Fossekompans (i fellesskap benevnt "Produsentene") krav på tilbakebetaling av for mye betalt konsesjonsavgift gjeldende på avtalerettslig grunnlag, alternativt i medhold av de ulovfestede reglene om *condictio indebiti*.

Det anføres imidlertid nå at tilbakebetalingskravet også kan gjøres gjeldende på offentligrettslig grunnlag.

Det vises i den forbindelse til Eidsivating lagmannsretts nylig avsagte dom i sak mellom Eidsiva Vannkraft AS og Opplandskraft DA på den ene siden og Røros kommune på den andre siden.

Bilag 1: Eidsivating lagmannsretts dom av 4. november 2009

Som det vil fremgå av dommen stod man her overfor samme problemstilling som i vår sak. Produsentenes opprinnelige konsesjoner for regulering av Aursundenvassdraget utløp i 1986. Ny konsesjon ble imidlertid først meddelt i 1997. I mellomtiden hadde produsentene fått drive videre i medhold av en midlertidig tillatelse, datert 2. juli 1987.

Nytt kraftgrunnlag og ny fordeling berørte kommuner imellom ble først fastsatt med endelig virkning ca 15-20 år etter utløpet av den opprinnelige konsesjonen.

Inntil dette var klart, hadde produsentene blant annet måttet betale konsesjonsavgifter til Røros kommune, beregnet med utgangspunkt i de beregnings- og fordelingsnøkler som fulgte av den opprinnelige konsesjonen. Dette resulterte i at Røros kommune fikk utbetalt et adskillig høyere beløp i konsesjonsavgifter enn det kommunen egentlig hadde hatt krav på.

Eidsivating lagmannsrett var av den oppfatning at meddelte konsesjoner/midlertidige tillatelser der det uttrykkelig fremgikk at ny konsesjon skal gjelde fra og med utløpet av opprinnelig konsesjon, sammenholdt med konsesjonsmyndighetenes praksis, tilsa at produsentene hadde krav på tilbakebetaling av feilaktig utbetalt beløp. Lagmannsretten konkluderte deretter med at tilbakebetalingskravet kunne gjøres gjeldende i medhold av offentligrettslige regler. For nærmere om dette vises det til s 12-15 i dommen.

Tilsvarende forbehold om at ny konsesjon og nye konsesjonsvilkår skal gjelde fra og med utløpet av den opprinnelige konsesjonen fremgår også av meddelte konsesjoner/midlertidige tillatelser i vår sak. Det vises til punkt 1 i den nye konsesjon for regulering av Arendalsvassdraget, datert 26. juni 1992. Konsesjonen er fremlagt som bilag 5 til stevningen. Det vises videre til

Bilag 2: Midlertidig tillatelse til fortsatt regulering av Nisser, Vråvatn og Fyresvatn, datert 5. august 1987

Det vises til siste avnitt i dokumentet der det fremgår følgende:

"Den foreliggende konsesjon vil gjelde inntil spørsmålet om ny konsesjon er avgjort. Man gjør imidlertid oppmerksom på at vilkår knyttet til en eventuell ny konsesjon vil bli gjort gjeldende fra 10. september 1987."

THOMMESSEN

På bakgrunn av ovennevnte vil Produsentene anføre at tilbakebetalingskravet mot Nissedal kommune også følger av offentligrettslige regler.

Det antas at hensynet til forsvarlig saksforberedelse, herunder motpartens mulighet til å ivareta sine interesser på en forsvarlig måte, ikke er til hinder for dette. Det vises til at hovedforhandling skal avholdes 13. og 14. januar 2010.

Det tas forbehold om fremleggelse av supplerende dokumentasjon for konsesjonsmyndighetenes praksis dersom dette skulle vise seg å bli nødvendig.

* * *

Prosesskrivet i fire eksemplarer, hvorav to eksemplar er sendt motpartens og partshjelperens prosessfullmektiger direkte.

Oslo, 19. november 2009
Advokatfirmaet Thommessen AS



Charlotte Heberg Trondal
advokat