



# NOREGS HØGSTERETT

Den 25. juni 2010 sa Høgsterett dom i

**HR-2010-01104-A, (sak nr. 2010/157), sivil sak, anke over dom,**

I.

Røros kommune

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar

(partshjelpar)

(advokat Ulf Larsen)

mot

Opplandskraft DA

Eidsiva Vannkraft AS

(advokat Jon Rabben – til prøve)

II.

Opplandskraft DA

Eidsiva Vannkraft AS

(advokat Jon Rabben – til prøve)

mot

Røros kommune

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar

(partshjelpar)

(advokat Ulf Larsen)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommar **Utgård:** Hovedspørsmålet i saka gjeld krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgift og tilleggsbetaling for konsesjonskraft frå kommune der det endelege vedtaket ved vassdragsreguleringskonsesjon påla kraftselskap mindre skyldnader enn det som hadde vore lagt til grunn mellombels.

- (2) Løyve til statsregulering av innsjøen Aursunden i Røros kommune for 50 år vart gitt ved kongeleg resolusjon 13. mai 1921. Seinare vart reguleringa endra til å gjelde for 65 år rekna frå same dato. Ei tid før utgangen av reguleringsperioden vart det forhandla om å overføre statsreguleringa til Glommens og Laagens Brukseierforening (GLB).
- (3) Reguleringsperioden for statsreguleringa gjekk ut 13. mai 1986. I brev 2. juli 1987 gjorde Olje- og energidepartementet vedtak med slik ordlyd:

**”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 13.05.1986.”**

- (4) Den delen av vilkåra som er av interesse i vår sak, er dei som gjeld plikta til å betale konsesjonsavgift og å yte konsesjonskraft til vedkomande kommunar. Det er naturleg innleiingsvis å gi eit kort oversyn over regelverket for desse spørsmåla, før det blir gjort vidare greie for hendingsgangen i saka.
- (5) Plikta for ein regulant, også omtala som konsesjonær, til å betale *konsesjonsavgift* følgjer av vassdragsreguleringslova § 11 nr. 1. I konsesjon til vassdragsregulering skal det setjast som vilkår at det skal betalast ei årleg avgift til staten og til dei fylkeskommunar og kommunar som staten fastset, utrekna etter ”den øking av vannkraften som er innvunnet ved reguleringen”. Den årlege konsesjonsavgifta er eit produkt av konsesjonsavgiftssatsen og kraftgrunnlaget.
- (6) Konsesjonsavgiftssatsen skal fastsetjast innanfor maksimal- og minimalsatsar som følgjer av eiga forskrift. Ved fastsetjing skal det særleg takast omsyn til endringar i pengeverdien. Avgiftssatsen kan takast opp til ny prøving kvart femte år.
- (7) Kraftgrunnlaget er kraftauken som følgje av reguleringa, og dette grunnlaget blir fastsett med bindande verknad av departementet. Avgjerd kan treffast for heile reguleringstida, eller førebels for 10 år og deretter endeleg for resten av konsesjonstida.
- (8) Der ei regulering vedrører fleire kommunar, fordeler konsesjonsstyresmakta avgifta innbyrdes mellom desse kommunane for 10 år om gongen. Avgifta skal betalast inn til eit fond – eit næringsfond – til bruk til nærare fastsette føremål.
- (9) Plikta for ein regulant til å levere *konsesjonskraft* følgjer av vassdragsreguleringslova § 12 nr. 15. I konsesjonen skal det fastsetjast at regulanten skal avstå til kommunar og fylkeskommunar som kraftanlegget ligg i, opp til 10 prosent av kraftgrunnlaget. Departementet fastset omfanget av retten til konsesjonskraft. Kommunane kan nytte konsesjonskrafta etter eige skjønn. Vedtak om avståing og fordeling av kraft kan takast opp til ny prøving etter 20 år. Departementet kan gi reglar om avståing, fordeling og pris, og etter den etablerte ordninga blir prisen fastsett årleg basert på gjennomsnittleg sjølvkost for eit representativt tal vasskraftverk i heile landet.

- (10) Eg går så attende til å gjere greie for hendingsgangen i saka.
- (11) I 1989 søkte GLB om konsesjon for regulering av Aursunden. Søknaden gjaldt overtaking av gjeldande statsregulering.
- (12) GLB fekk konsesjon til forlenging av reguleringa på ubestemt tid ved kgl. res. 18. juli 1997, som vart gitt i samsvar med stortingsvedtak med grunnlag i St.prp. nr. 48 (1996–97). Ved konsesjonen vart konsesjonsavgiftsatsen auka frå kr 6,23 til kr 18,00 per naturhestekraft med verknad frå 13. mai 1986. Det skulle dessutan etter konsesjonen betalast sagnadsrenter med 12 prosent årleg fram til 1. januar 1994 og deretter med 8 prosent. Dette resulterte i ei betydeleg etterbetaling av konsesjonsavgift i 1997, såleis vel 11 millionar kroner frå Opplandskraft til Røros kommune. – Konsesjonsavgifta har i samsvar med regelverket vore regulert kvart femte år.
- (13) Kraftgrunnlaget – som altså er den auken av vasskrafta som er skapt ved reguleringa – vart teke opp til ny fastsetjing når det skulle givast ny konsesjon. Noregs vassdrags- og energidirektorat (NVE) gjorde likevel først 20. september 2006 endeleg vedtak om endra kraftgrunnlag. Det vart då vesentleg redusert i høve til det som hadde vore gjeldande under statskonsesjonen, og som var det som hadde vore vidareført mellombels frå statskonsesjonen. Grunnen til endringa var at det hadde kome nye retningslinjer for fastsetjinga. Nedsetjinga skjedde med verknad tilbake til overtakinga av reguleringskonsesjonen 13. mai 1986.
- (14) Det er den nemnde reduksjonen i kraftgrunnlaget ved den endelege fastsetjinga i 2006 som er årsaka til at det no er spørsmål om oppgjerskorreksjonar.
- (15) Saka reiser ikkje spørsmål om fordeling av konsesjonsavgifta mellom kommunane. Også dette fordelingsspørsmålet er likevel ein del av det samla biletet når det gjeld betaling av konsesjonsavgift til Røros kommune. Med grunnlag i den mellombelse reguleringskonsesjonen i 1987 fekk Røros kommune først utbetalt 60 prosent av den samla konsesjonsavgifta for Aursunden, slik situasjonen hadde vore under statsreguleringa. I vedtak 21. desember 1992 vart delen endra til 90 prosent for perioden 13. mai 1986 til 31. desember 1995. I eit nytt vedtak 29. oktober 2003 vart Røros sin del redusert til 54,6 prosent for perioden 1. januar 1996 til 31. desember 2005. Mykje av årsaka til denne reduksjonen var at NVE la til grunn at Glomma skulle reknast overført til Rendalen kraftverk. Etter klage vart vedtaket oppheva. I vedtak 20. september 2006 vart så Røros sin del sett til 83 prosent for denne perioden. Det viste seg å vere ei mistyding ved dette vedtaket, og i vedtak frå NVE 4. juni 2007 vart prosentdelen for Røros kommune sett til 84,7 prosent, som også synest vere den fordelinga som gjeld i dag. Som følgje av desse endra vedtaka vart det gjennomført omfordelingar av avgifta ved interne oppgjer mellom kommunane. I desse oppgjera rekna kommunane sagnadsrente seg i mellom.
- (16) Saka gjeld også krav på tilleggsvederlag for konsesjonskraft, ved at det er levert meir konsesjonskraft enn det som kraftgrunnlaget – slik det vart fastsett i 2006 – gav plikt til. Plikta til å levere konsesjonskraft kan elles berre gjelde opp til 10 prosent av kraftgrunnlaget.
- (17) Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS har overfor Røros kommune kravd etteroppgjer. Det er uomtvista at det som følgje av at kraftgrunnlaget var sett ned i 2006

med verknad heilt attende til 1986, er betalt for mykje konsesjonsavgift og levert for mykje konsesjonskraft. Kraftselskapa har kravd å få tilbake det som er betalt for mykje i konsesjonsavgift heilt attende til 1986. Dei har også kravd å få tilleggsbetalt for kraft som med urette er levert som konsesjonskraft, fordi denne i alle år har vore rimelegare enn marknadsprisen. Kravet på tilleggsbetaling for konsesjonskraft er avgrensa til å gjelde tida etter 1. januar 1998. Det er kravd sagnadsrente. Kraftselskapa motrekna for 2007 tilbakebetalings- og etterbetalingskrava mot kommunen sine krav på konsesjonsavgift for det same året.

(18) Røros kommune har motsett seg tilbake- og etterbetalingskrava, og også gjort gjeldande at det verken er heimel for sagnadsrente eller høve til motrekning.

(19) Røros kommune reiste sak ved Sør-Gudbrandsdal tingrett mot Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS for å få dom på utbetaling av summene som var motrekna, på at selskapa ikkje hadde krav på tilbakebetaling av konsesjonsavgift eller etterbetaling for levering av konsesjonskraft, for at det ikkje var krav på betaling av sagnadsrenter, og for at det ikkje var høve til motrekning. Kraftselskapa bad seg frifunne søksmålet, og reiste dessutan motsøksmål for innkrevjing av konsesjonsavgift, etterbetaling for levering av konsesjonskraft og betaling av sagnadsrenter.

(20) Sør-Gudbrandsdal tingrett sa dom 27. januar 2009 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.”**

(21) Tingretten kom til at det ikkje kunne byggjast noko krav om tilbakebetaling og etterbetaling på eit offentlegrettsleg grunnlag, og at det heller ikkje var heimel for dette på privatrettsleg grunnlag verken ut frå ei forståing av rettshøvet mellom partane eller ut frå læra om *condictio indebiti*.

(22) Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS anka til lagmannsretten. Røros kommune påsto anken forkasta. Kraftselskapa hadde no motrekna også for 2008, og kommunen utvida saka ved å be om dom for at motrekninga var uheimla også for 2008.

(23) Eidsivating lagmannsrett sa dom 4. november 2009 med slik domsslutning:

- ” 1. **Røros kommune dømmes til å betale 10.133.668 – timillionerethundreogtrettitretusensekshundreogsekstiåtte – 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 – nimillioneretthundreogsyttifiretusenfirehundreognittini – 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.”

- (24) Lagmannsretten kom til at det var heimel for krava om tilbakebetaling og etterbetaling i offentlegrettslege reglar, og at det eventuelt også var grunnlag for tilbakebetaling på privatrettsleg grunnlag. Også rentekravet frå kraftselskapet førte fram. Det vart lagt til grunn at det først var ved NVE sitt vedtak 20. september 2006 at det låg føre krav, der det også var klart kven som var kreditor og debitor etter krava. Krava var då ikkje forelda. Endeleg kom lagmannsretten til at kommunelova § 53 nr. 1 må forståast slik at føresegna hindrar at motrekning kan skje.
- (25) Røros kommune har anka dommen til Høgsterett. Anken gjeld rettsbruken. Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS har teke til motmæle, og har dessutan motanka i spørsmålet om motrekning. Saka står i hovudsak i same stilling som for dei tidlegare rettane. Eg nemner at det er lagt fram eit rekneark som viser dei økonomiske sidene ved krava. Partane har ikkje på noko punkt vore usamde om tal eller om utrekningar, og desse blir derfor ikkje kommenterte nærare.
- (26) Ankeparten – *Røros kommune* – har med tilslutning frå partshjelparen Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar særleg halde fram:

- (27) Kommunen har ikkje plikt til tilbakebetaling på offentlegrettsleg grunnlag. Det er nok slik at det finst ein omfattande og eintydig praksis ved fornying av reguleringskonsesjonar, men denne gjeld berre plikta for konsesjonæren til etterbetaling. Såleis finst det ingen saker der kommunar er pålagde plikt til etterbetaling.
- (28) Lova inneheld inga regulering av slik plikt. Olje- og energidepartementet har heller ikkje meint det har vore noka plikt på offentlegrettsleg grunnlag. Oppgjer mellom kommunane om omfordeling av konsesjonsavgift er ikkje relevant som rettskjelde i vår sak.
- (29) Det er ingen avtale om at tilbakebetaling skulle skje. Ei tolking av vedtaka tilseier heller ikkje dette. Og det var betalt utan atterhald eller merknader frå kraftselskapa.
- (30) Læra om *condictio indebiti* gir ikkje grunnlag for krav om tilbakebetaling. Ei totalvurdering tilseier at det ikkje er grunnlag for tilbakesøking. Ved fornying av reguleringskonsesjon gjer oppgjersomsynet seg gjeldande i særleg grad, også fordi konsesjonsavgifta står i samanheng med dei ulempene lokalsamfunnet har til ei kvar tid. Kravet er dessutan nært knytt til eit spesielt føremål, næringsutvikling, og står dermed ikkje i same stilling som ordinære skatte- og avgiftsinntekter. Kommunen har ikkje hatt rådvelde over det som har skjedd, og har heller ikkje hatt innsyn i det. Det er nok så at det var varsla at det kunne bli ein auke i kraftgrunnlaget, men det var heilt uventa at det vart ei nedsetjing. Kommunen hadde såleis ikkje nokon grunn til å tru at det var betalt for mykje avgift. At det gjekk så lang tid, svekkar også grunnlaget for å krevje oppgjerskorreksjonar. Reint faktisk er midlane i stor grad brukte.
- (31) For konsesjonskrafta kjem det dessutan til det særlege at det var gjort avtalar mellom kraftselskapa og kommunen om uttak. Det var der ikkje avtala noko etteroppgjer, noko kraftselskapa som profesjonelle aktørar hadde all grunn til å gjere.
- (32) Det er ikkje under noko omstende grunnlag for å rekne renter. Forvaltningspraksis gir ikkje grunnlag for krav på korreksjon for hovudstolane, og kan då så mykje mindre vere heimel for plikt til rentebetaling. Rettspraksis gir ikkje støtte for slikt krav, og renteplikt kan heller ikkje byggjast på vinningssynspunkt.
- (33) Eventuelle krav på korreksjon er under alle omstende forelda. Hovudkrava blir forelda suksessivt etter foreldingslova § 3 nr. 1. Subsidiært oppsto krava når NVE fastsette nytt kraftgrunnlag i 2003, sjølv om vedtaket vart påklaga og endra. Og i 2003 hadde Eidsiva tilstrekkeleg kunnskap til å fremje krav, medan Opplandskraft hadde slik innsikt at selskapet i alle fall burde forstå at det låg føre krav i 2003 og seinast i april 2005, slik at også tilleggsfristane etter foreldingslova § 10 nr. 1 er ute.
- (34) Den avleidde anken over at motrekning ikkje kan godtakast, kan ikkje føre fram. Avgiftsomsgrepet i kommunelova § 53 nr. 1 omfattar ikkje berre reint fiskale avgifter, men også avgifter av typen konsesjonsavgift etter vassdragsreguleringslova.
- (35) Ankeparten Røros kommune og partshjelparen Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar har sett fram slik påstand:

**”I hovedanken:**

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.**

**I den avlede anken:**

1. **Anken forkastes.**
2. **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.”**

- (36) Ankemotpartane – *Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS* – har særleg halde fram:
- (37) Oppgjerskorreksjonar må kunne gjennomførast på offentlegrettsleg grunnlag. Reguleringskonsesjonane har vore gitt i ettertid av reguleringa, og har då hatt vilkår om at kraftselskapa skulle etterbetale avgift. Men det må då også vere slik at kommunane har ei plikt til oppgjerskorreksjon dersom kraftselskapa har utbetalt for mykje. Vilkår om oppgjerskorreksjon må ha heimel i vassdragsreguleringslova § 11 nr. 4 og § 12 nr. 15 fjerde ledd, eller i den alminnelege vilkårs læra. Det ligg dessutan føre ein etterfølgjande praksis som dels gjeld fordelinga mellom kommunar, men også etterbetaling for konsesjonskraft, og som her må utfylle lova.
- (38) Det må også kunne skje oppgjerskorreksjonar på privatrettsleg grunnlag. Sjølv om det aldri var direkte kontakt mellom kraftselskapa og kommunen om oppgjera for konsesjonsavgift, var det ei felles forståing om at oppgjeret ikkje var endeleg, og at det skulle skje eit sluttoppgjær. Når det gjeld konsesjonskraft, var spørsmålet om korreksjon oppe i eit brev vedlagt utkast til kontrakt om kraftleveransen, som Opplandskraft sende til kommunen 11. november 1997.
- (39) Alternativt kan oppgjerskorreksjon skje med grunnlag i læra om *condictio indebiti*. Ved avveginga må det då særleg leggjast vekt på den offentlegrettslege karakteren av ytingane. Dette gjer at det ikkje kan ha vekt at ytingane var korrekte på det tidspunktet dei skjedde, og at verken spørsmålet om villfaring hos partane eller god tru hos mottakaren er relevante omsyn. Tida som har gått, kan då heller ikkje ha relevans.
- (40) Det må betalast sagnadsrenter ved etteroppgjeret. Som overordna syn må leggjast til grunn at det ikkje lenger er noko strengt lovskrav for tilkjenning av sagnadsrenter, jf. særleg Rt. 2002 side 71. Eit hovudsynspunkt må vere at pengar har ein verdi for den som har dei, og at dette tilseier at det må betalast renter ved etteroppgjær ut frå eit vinningssynspunkt. Både eit offentlegrettsleg og eit privatrettsleg grunnlag for etterbetaling tilseier at det også må svarast sagnadsrente.
- (41) Oppgjerskrava er ikkje forelda. Det er avgjerande at omfanget av ytingane først vart fastlagt 20. september 2006. Før dette hadde kraftselskapa heller ikkje kunnskap om omfanget.
- (42) Alle privatrettslege vilkår for motrekning av konnekse krav er oppfylte. Det avgjerande er tolkinga av kommunelova § 53. Føremålet med lovføresegna tilseier ikkje at avgifter som konsesjonsavgifta er omfatta. Denne er ikkje det ein til vanleg oppfattar som ei fiskal

avgift, og ho går også til eit særleg føremål, nemleg eit næringsfond, som ikkje kan blandast inn i den ordinære drifta av kommunen.

(43) Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS har sett fram slik påstand:

- ”1. **Lagmannsrettens dom stadfestes, med unntak for punktene 3 og 4 i domsslutningen.**
2. **Røros kommune dømmes til å betale Eidsiva Vannkraft AS` og Opplandskraft DAs sakskostnader for Høyesterett.”**

(44) *Eg er komen til at ankane må forkastast.*

(45) Som det har gått fram av det eg har sagt tidlegare, er det uomtvista at Røros kommune har fått utbetalt for mykje konsesjonsavgift og mottoke for store mengder konsesjonskraft frå 13. mai 1986 til og med 2006, som er det året då kraftgrunnlaget for Aursunden vart endra. Det er ikkje usemje om konsekvensane av dette i kroner, men det er spørsmål om kraftselskapa kan krevje tilbakebetaling av konsesjonsavgift og etterbetaling av differansen mellom marknadspris og konsesjonskraftpris for den kraftmengda som i ettertid har vist seg å overstige mengda med pliktig konsesjonskraft. Eg startar med å sjå på krava om tilbakebetaling av for mykje betalt konsesjonsavgift.

(46) Kraftselskapa har prinsipalt gjort gjeldande at dei har krav på tilbakebetaling på offentlegrettsleg grunnlag.

(47) Vassdragsreguleringslova § 11 nr. 1 har reglar som gir heimel for at konsesjonsstyresmakta som del av konsesjon kan påleggje konsesjonæren – i praksis kraftselskapet – å betale konsesjonsavgift til kommunar. Opplegget i lova har nok vore at konsesjonsavgifta skulle påleggjast konsesjonæren før reguleringa vart sett i verk. Det er likevel klart nok heimel for at konsesjonsstyresmaka som eit ledd i den endelege konsesjonen ikkje berre kan fastsetje avgifta frå konsesjonstidspunktet, men også regulere spørsmålet om konsesjonæren samtidig må betale saknadsrente til kommunane.

(48) Eg kan derimot ikkje sjå at lova inneheld nokon heimel for at kommunane skal ha plikt til å betale attende for mykje mottoken konsesjonsavgift. Det kan sjølvstøtt seiest at ei førebels betaling, slik som det her skjedde, byggjer på ein føresetnad om at det skjer ei endeleg fastsetjing. Men lova, saman med alminnelege vilkårssynsmåtar, verkar likevel berre den eine vegen. At det her er utlikna ei avgift, der kommunen er mottakar, kan ikkje i seg sjølv gjere at kommunen får ei tilbakebetalingsplikt i ein situasjon der den utlikna avgifta seinare blir endra med tilbakeverkande kraft.

(49) Den mellombelse konsesjonen i 1987 vart såleis gitt til konsesjonæren, og etter det opplyste vart kommunen kjend med konsesjonen i anna samanheng først noko seinare. Heller ikkje den endelege konsesjonen i 1997 retta seg mot kommunen. Verken den mellombelse eller den endelege konsesjonen kan då gi grunnlag for eit rettskrav for konsesjonæren på tilbakebetaling frå kommunane.

(50) Etter mitt syn ligg det ikkje føre nokon forvaltningspraksis som har vart så lenge og har ein slik karakter at han kan ha innverknad på tolkinga av lova. På dette punktet ser eg annleis på saka enn det lagmannsretten gjorde.



(51) Etter det opplyste var det først rundt 1980 at det oppsto spørsmål om å gi nye konsesjonar etter at tida for dei eldre konsesjonane var ute. I seg sjølv gjer dette at ein eventuell praksis på tilbakebetalingsplikt ikkje kan ha vara lenge.

(52) Som nemnt tidlegare gjorde NVE 21. desember 1992 vedtak om ny fordeling av konsesjonsavgift mellom kommunane. Vedtaket gjaldt perioden 13. mai 1986 til 31. desember 1995 og medførte at nokre kommunar – mellom dei Tolga kommune – hadde fått for mykje konsesjonsavgift, medan andre kommunar – mellom dei Røros kommune – hadde fått for lite. I brev til Tolga kommune, med kopi til dei andre kommunane, 13. juli 1994 heiter det:

**”NVE mener det hele tiden har vært klart at vilkårene, inkludert avgifter og fordeling av disse på kommuner skulle endres fra 13.05.86, tidspunktet fra når vilkårene (rimeligvis ikke teknisk/ fysiske som resultatet av endret manøvrering) for den nye konsesjonen skulle virke fra. Vi antok imidlertid at det ikke ville bli store endringer og mente at avgiftene midlertidig kunne utbetales som før, underforstått at de kommunene som mottok for mye avgift tilbakebetalte til kommuner som mottok for lite. Dette burde kanskje vært klarere presisert overfor kommunene. ... ”**

(53) I dei årlege breva til kommunane med spesifikasjon av fordeling av konsesjonsavgift vart også spørsmålet om tilbakebetaling omtala – etter det opplyste hovudsakleg likt for dei ulike åra. I brev 1. desember 2000 heitte det til dømes:

**”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.”**

(54) Olje- og energidepartementet avgjorde 14. oktober 2004 ei klage over etteroppgjør for konsesjonskraft frå fleire kommunar i Glommavassdraget, og uttala då mellom anna:

**”Etter at ny konsesjon er meddelt, må det foretas et økonomisk oppgjør for en eventuell differanse mellom gamle og nye vilkår og kraftgrunnlag.”**

(55) I vedtak 5. desember 2007 om den saka vi no behandlar, vurderte Olje- og energidepartementet spørsmålet på ny, og uttala mellom anna:

**”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.”**

- (56) Det er nok så at det har skjedd interne oppgjør mellom kommunane ut frå dei synsmåtane konsesjonsstyresmaktene har gitt uttrykk for. Brevet frå departementet i 2007 gjaldt spørsmålet om etteroppgjør frå kommunane til kraftselskapa. Og i den samanhengen la departementet, når spørsmålet kom på spissen, til grunn at lova ikkje inneheld noka plikt til slikt etteroppgjør. Eg kan etter dette ikkje sjå at det ligg føre nokon praksis av slik lengde og karakter at det eventuelt kan få innverknad på forståinga av lova.
- (57) Det må såleis vere slik Olje- og energidepartementet uttala i det sist siterte vedtaket at det konsesjonsrettslege regelverket berre gjeld kraftverka si plikt til å etterbetale skyldig konsesjonsavgift til kommunane, og ikkje den plikta kommunane eventuelt har til å betale attende for mykje motteken konsesjonsavgift frå kraftselskapa.
- (58) Eg går då over til å sjå på spørsmålet om kraftselskapa har krav på tilbakeføring på privatrettsleg grunnlag. Ankemotpartane har delt opp argumentasjonen på det privatrettslege punktet i to. For det første er det kravd tilbakebetaling under tilvising til at det var teke privatrettslege atterhald, og til at betalinga var av førebels karakter. Og for det andre er det vist til læra om *condictio indebiti* som grunnlag for oppgjerskorreksjon.
- (59) Etter mitt syn kan det ikkje seiast at det var teke noko privatrettsleg atterhald overfor kommunane om plikt til tilbakebetaling. Og omsynet til at betalinga eventuelt var av førebels karakter, går etter mitt syn naturleg inn i dei vurderingane som må gjerast etter læra om *condictio indebiti*.
- (60) Etter læra om *condictio indebiti* har det tradisjonelt vore stilt opp som vilkår for tilbakesøking at ytaren måtte vere uforplikta, og at det måtte ligge føre ei unnskyldelig villfaring hos han, jf. til dømes Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2003, side 679. Men slik også Hagstrøm understrekar på side 680–681 er rettsinstituttet utvikla gjennom praksis. Sentralt er det som er uttala i Rt. 1985 side 290 om at det ”er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet”. Som framheva i Rt. 2001 side 1580 kan det ikkje byggjast på eit formelt omgrep. Saka gjaldt eit tilhøve der det var rådd over ein bankkonto ved ei kriminell handling, og det vart uttala at det var ”større grunn til å la ein slik situasjon falle inn under dei ulovfesta reglane om tilbakeføring enn det er for dei tradisjonelle villfaringstilfella”. Eg går ikkje nærare inn på omgrepsspørsmålet, og heller ikkje på om det i denne saka er treffande – slik kraftselskapa har gjort – å rubrisere dette grunnlaget til å gjelde tilbakesøking på privatrettsleg grunnlag.
- (61) For meg står det som sentralt at det her var tale om ytingar som kraftselskapa var pliktige til å stå for etter lova. Slik eg ser det, må det i alle fall vere eit utgangspunkt at det offentlege som mottakar av avgifter er pliktig til tilbakebetaling der avgift er motteke med urette, så langt tilbakebetalingskravet ikkje er forelda.
- (62) Det var etter ordninga for konsesjonskraft slik at dette var mellombels betalingar. Så snart dei endelege avgiftsskyldnadene var fastlagde, skulle det skje ei etterbetaling frå den avgiftspliktige si side. Dette er omstende som i seg sjølv talar sterkt for ei plikt til korreksjon når dei endelege avgiftssummene vart fastlagde. Ein likevektssynsmåte talar såleis for kraftselskapa sitt standpunkt.
- (63) I vår sak er det ikkje tale om betaling grunna ei villfaring. Kraftselskapa har betalt og kommunen har motteke det som var korrekt ut frå dei mellombelse vedtaka som låg føre.

Avgiftsfastsetjinga – og også pålegga om mellombels betaling – er bestemt av konsesjonsstyresmaktene, utan at kommunen har hatt særleg høve til å påverke resultatet. Etter mitt syn er dette den situasjonen som normalt vil liggje føre ved fastsetjing av skattar og avgifter, og eg kan ikkje sjå at dette skulle tale mot tilbakebetaling.

- (64) For skattar og avgifter har det etter mitt syn også svært avgrensa vekt i vurderinga om kommunen har vore i ”god tru”. Om kommunen har rett til å ta imot og til å bli sitjande med slike betalningar, må først og fremst byggje på om betalningane er i samsvar med regelverket for skatt og avgift. Eg legg likevel til at kommunen etter mitt syn var klar over at det var tale om kompliserte fastsetjingar, som ikkje var endelege før også kraftgrunnlaget var fastsett.
- (65) I alle fall kort tid etter det mellombelse reguleringsvedtaket i 1987 var kommunen klar over at vilkåra skulle endrast med verknad frå 13. mai 1986. Sjølv om kommunen kan ha oppfatta det slik at det i tilfelle ville bli auka inntekter, må det kome inn i vurderinga at betalningane ikkje var endelege. Og reint konkret viste dei sterke svingingane i fordelinga mellom kommunane at Røros kommune måtte vere budd på at endringar kunne gå i begge retningar.
- (66) I saka har det vore vist til at NVE i 1997 i eit brev til Opplandskraft, med kopi mellom anna til kommunen, tok ”forbehold om å etterberegne avgiften på nytt når eventuelle nye kraftøkningar foreligger”. Omgrepet ”øking av vannkraften” finst i vassdragsreguleringslova § 11 nr. 1 tredje ledd og i § 2, og viser den endringa reguleringa fører til i vasskrafta. Omgrepet nytta av NVE, gav slik eg ser det, ikkje noko uttrykk for retninga på det nye vedtaket.
- (67) At det er tale om beløp av ein viss storleik, kan ikkje tale mot tilbakebetalingsplikt. Det ligg i karakteren av skattlegginga av vasskraftutbyggingar at det vil kunne vere tale om etter måten store tal.
- (68) Etter mitt syn kan det heller ikkje ha nemnande vekt at konsesjonsavgifta var bunden til næringsføremål. At ein skatt, ei avgift eller eit gebyr i større eller mindre grad er bunde opp hos den offentlege mottakaren, kan ikkje vere avgjerande. Dette er eit styringsverkemiddel hos lovgivar, og bruken av dette kan ikkje føre til gradert høve til tilbakekrevjing.
- (69) For konsesjonsavgifta er det tale om tilbakebetaling som gjeld ein periode på om lag tjue år. Det er likevel her slik at det fram til 2006 var tale om mellombelse betalningar, om ikkje a-konto så i alle fall med tanke på seinare endeleg oppgjær. Ei slik ordning talar etter mitt syn snarare for ei plikt til etteroppgjær enn mot dette.
- (70) I dette tilfellet var det heller ingenting kraftselskapa kunne gjere for å unngå å betale etterkvart. Plikta til innbetaling år for år låg fast, og for kraftselskapa var det også klart at dette var betalningar som kunne bli endra i eit sluttoppgjær. Eit atterhald ved betalningane om at dei ikkje kunne sjåast som endelege, ville etter mitt syn ha liten verknad.
- (71) Det er ein særregel i § 11 nr. 5 om delvise betalningar. Mykje talar for at konsesjonsstyresmaktene kunne pålagt konsesjonæren delvise betalningar, som då ville vere endelege. Det kunne nok også vore fastsett at avgifta heilt eller delvis skulle plasserast på sperra bankkonto til endeleg avrekning kunne skje. Dette er likevel

ordningar som det var opp til konsesjonsstyresmakta å nytte. Men om dei hadde vore nytta, ville dei gitt større trygd enn den valde løysinga for at oppgjeret låg innanfor det som ville vere dei endelege skyldnadene for kraftselskapa, og at det ikkje ville vere nødvendig med tilbakebetaling. At det låg føre slike alternative løysingar til sikring av rett betaling, kan likevel etter mitt syn ikkje føre til at også den valde løysinga med årlege betalingar i påvente av avgjerder er til hinder for eit krav om tilbakebetaling.

- (72) Etter dette er eg komen til at kraftselskapa må få medhald i krava på tilbakebetaling av konsesjonsavgift.
- (73) Kommunen har gjort gjeldande at krava på tilbakebetaling av konsesjonsavgift er forelda. Eg kan ikkje sjå at dette kan føre fram. Det var først ved vedtaket frå NVE 20. september 2006 at omfanget av skyldnadene vart endeleg fastlagt.
- (74) Det er med det fastlagt at kraftselskapa har krav på tilbakebetaling av avgift frå 13. mai 1986. Dei har då kravd sagnadsrente for denne perioden.
- (75) Spørsmålet om det skal tilkjennast sagnadsrente, må i alle fall til ein viss grad vere avhengig av grunnlaget for sjølve hovudkravet. Spørsmålet om tilkjenning av sagnadsrente er drøfta i Rt. 2002 side 71. Eg går ikkje inn på diskusjonen om grunnlaget for å tilkjenne sagnadsrente, men viser til at dommen gir uttrykk for ei opnare haldning til plikt til sagnadsrente enn det som tradisjonelt hadde vore tilfelle.
- (76) I reguleringskonsesjonen i 1997 vart konsesjonsavgiftssatsen endra med verknad attende til 13. mai 1986. Samstundes vart kraftselskapa pålagde å betale nærare fastsett sagnadsrente. Dersom den endelege fastsetjinga av kraftgrunnlaget i 2006 hadde ført til at kraftselskapa måtte betale auka avgift, vil dei ha vorte tilplikta slik betaling av rente. Omsynet til likebehandling tilseier etter mitt syn at det same må gjelde også når det her er kommunane som må betale.
- (77) Ei slik sagnadsrente inneber at vinsten ved pengane tilkjem den som eigentleg skulle hatt pengane, om fastsetjinga alt hadde skjedd i 1986. Og det er først om kraftselskapa får denne renta, at dei blir sette i same stilling som om oppgjeret hadde skjedd alt då. Det same kan seiast om kommunen. Ved å svare sagnadsrente blir også kommunen stilt som om oppgjeret hadde skjedd årleg, med dei summene som til slutt vart endelege. I ein slik situasjon kan ikkje kravet til heimel vere sterkt.
- (78) Eg har så langt ikkje gått inn på spørsmålet om etterbetaling ved at kommunen har motteke konsesjonskraft i større mengde enn det som det til slutt viste seg å vere grunnlag for. Etter mitt syn må dette løysast på same måte som for konsesjonsavgifta. At det er gjort særskilte avtalar om gjennomføring av uttak av konsesjonskraft, kan ikkje endre løysinga for spørsmål der avgjerda byggjer på det grunnleggjande spørsmålet om omfanget av leveringsskyldnaden. Avtalane bygde då også på denne fastsetjinga.
- (79) Etter dette må anken frå kommunen forkastast.
- (80) Kraftselskapa har motanka og gjort gjeldande at lagmannsretten har teke feil når det er lagt til grunn at kommunelova § 53 nr. 1 avskjer motrekning i ein situasjon som dette. Med det resultatet eg elles er komen til, er dette eit spørsmål som berre har konsekvensar oppgjersteknisk.

(81) I kommunelova § 53 nr. 1 er det sagt:

**”Den som skylder skatt, avgift eller gebyr til en kommune eller fylkeskommune, kan ikke gjøre dette opp ved motregning.”**

- (82) Det er langvarig praksis for at også avgifter av slik karakter som konsesjonsavgift blir omfatta av omgrepet avgift. I brev 17. november 1938 til NVE uttala såleis Justisdepartementet at den tilsvarande føresegna i den dåverande kommunelova § 56 ”antas å forby en kommune å overdra avgifter som heromhandlet, og kommunen antas heller ikke å kunne pantsette dem eller stille dem til sikkerhet på annen måte ...”. Og i kommentarutgåve til Lov om styret i herreds- og bykommune av 12. november 1954 av underdirektør Helge Hammer i Kommunaldepartementet, utgitt i 1984, er det sagt at avgifter etter vassdragsreguleringslova § 11 ”trolig” går inn under omgrepet ”avgifter” i § 55, som var den aktuelle paragrafen under den lova. Dette er også det synet Kommunal- og regionaldepartementet gav uttrykk for i eit rundskriv datert 18. april 2008 til kommunane og fylkeskommunane.
- (83) Omgrepa ”skatt, avgift eller gebyr” viser også at lova tek sikte på å femne breitt. Det er ikkje nødvendig for meg å gå inn på om konsesjonsavgifta er ei såkalla fiskal avgift eller ikkje, då dette ikkje i noko tilfelle vil ha innverknad på forståinga av omgrepet avgift.
- (84) Etter mitt syn er det heilt klart at konsesjonsavgifta er ei avgift i høve til kommunelova § 53 nr. 1, og det kan då ikkje vere høve til motrekning.
- (85) Motanken må då forkastast.
- (86) Ingen av ankane har ført fram. Kommunen har vunne fram i spørsmålet om det er høve til motrekning, men det er eit spørsmål som slik eg elles ser på saka berre har noko å seie for den praktiske gjennomføringa av oppgjeret. Kraftselskapa bør derfor tilkjennast fulle sakskostnader for Høgsterett, jf. tvistelova § 20-2 første og andre ledd. Nødvendige sakskostnader blir i samsvar med oppgåve sette til 261 950 kroner, der 238 730 kroner er salær og 23 220 kroner er ankegebyr for motanken.
- (87) Dei bør også tilkjennast sakskostnader for tingrett og lagmannsrett i samsvar med det som er lagt til grunn av lagmannsretten.
- (88) Eg røystar etter dette for slik

#### D O M :

1. Ankane blir forkasta.
2. I sakskostnader for Høgsterett betaler Røros kommune og Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar ein for begge og begge for ein 261 950 – tohundreogsekstieintusennihundreogfemti – kroner til Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS i fellesskap innan 2 – to – veker frå forkynninga av denne dommen.

- (89) Dommer **Bruzelius**: Jeg er kommet til at anken fra Røros kommune må tas til følge og kommunen tilkjennes sakskostnader for alle instanser.
- (90) Spørsmålet saken reiser, er om kommunen plikter å betale tilbake til kraftselskapene for mye betalt konsesjonsavgift og å betale for den konsesjonskraften som kommunen har mottatt for mye. Kravene skyldes at nytt kraftgrunnlag for Aursunden-reguleringen først ble endelig vedtatt 20. september 2006, dvs. om lag 20 år etter at den gamle statsreguleringen for Aursunden utløp 13. mai 1986, og om lag 10 år etter at ny konsesjon ble tildelt Glommens og Laagens Brukseierforening 18. juli 1997. Frem til det nye kraftgrunnlaget var endelig vedtatt, ble tidligere kraftgrunnlag benyttet til å beregne de årlige avgiftene. Kraftgrunnlaget som ble fastsatt i 2006, var vesentlig lavere enn det som gjaldt under den tidligere konsesjonen.
- (91) Jeg er enig med førstvoterende i at Røros kommune har mottatt mer i konsesjonsavgift og konsesjonskraft enn det som kommunen ville ha fått dersom det nye kraftgrunnlaget hadde vært fastsatt da konsesjonen utløp i 1986.
- (92) Det finnes ikke bestemmelser i vassdragsreguleringsloven som regulerer den situasjon som oppstår når en konsesjonsperiode utløper og ny konsesjon skal tildeles. Dette gjelder også rettigheter som staten, fylkeskommunen og kommuner har etter konsesjonen, og som er fastsatt i medhold av lovens § 11 nr. 1 og § 12 nr. 15. Etter det som ble opplyst under ankeforhandlingen, var det først på begynnelsen av 1980-tallet at spørsmålet om fornyelse av konsesjoner ble aktuelt, og det ble først avgjort av departementet i 1996 at det alltid skal beregnes nytt kraftgrunnlag ved tildelingen av nye konsesjoner for gamle reguleringer.
- (93) Det er ingen uenighet om at de samlede endelige rammevilkårene for den nye konsesjonen først forelå da det ble truffet endelig vedtak om kraftgrunnlaget for Aursunden-reguleringen. Som nevnt er spørsmålet hvilken betydning dette har for en tredjeperson som i samsvar med lovens og konsesjonens vilkår har mottatt årlig utbetaling av konsesjonsavgift og mottatt konsesjonskraft i samsvar med de vilkår som iallfall midlertidig gjaldt da overføringen fant sted.
- (94) Som førstvoterende har påvist, åpner vassdragsreguleringsloven for at konsesjonsmyndigheten periodisk kan endre den innbyrdes fordeling mellom kommuner av konsesjonsavgiften og konsesjonskraften. Konsesjonsmyndigheten har også hjemmel i loven til å revurdere avgiftens størrelse med visse års mellomrom. Vedtak om slike endringer har gjerne skjedd i ettertid, og det har da ikke vært uvanlig at det da er blitt foretatt etteroppgjør de berettigede kommuner imellom. Dersom et slikt etteroppgjør har rammet en kommune sterkt, har vassdragsmyndigheten i enkelte tilfeller utsatt virkningstidspunktet for endringen, eller fastsatt mulighet til etteroppgjør over flere år.
- (95) Selv om det her er tale om kommunens rett til avgifter/konsesjonskraft i henhold til en vassdragskonsesjon som er fastsatt med hjemmel i loven, er jeg enig med førstvoterende i at kraftselskapenes krav om etteroppgjør ikke kan sies å ha et offentligrettslig grunnlag, og jeg er derfor enig med ham i at spørsmålet om tilbakebetaling/betaling må avgjøres på privatrettslig grunnlag.
- (96) Til tross for at førstvoterende er kommet til at kravene ikke har noe offentligrettslig grunnlag, har han i sin vurdering av tilbakebetaling på privatrettslig grunnlag lagt atskillig

vekt på å sammenligne kraftselskapenes tilbakebetalingskrav med en skattebetalers eller avgiftsbetalers krav om å få tilbakebetalt det som er betalt for mye i skatt eller avgift. Etter mitt syn skiller imidlertid konsesjonærens ytelser etter vassdragsreguleringsloven seg fra skatte- og avgiftsbetaleres ytelser etter skatte- og avgiftslovgivningen.

- (97) Jeg er enig med førstvoterende i at plikt for kommunen til å betale tilbake for mye mottatt konsesjonsavgift ikke kan bygge på avtale. Det er ikke inngått noen avtale mellom kommunen og kraftselskapene om konsesjonsavgiften. Plikten til å betale slik avgift følger som nevnt av konsesjonen og har hjemmel i loven. Det er dessuten NVE som gir beskjed til selskapene hvert år om hvilke beløp som skal utbetales til kommunene.
- (98) På den annen side er det inngått avtaler mellom kommunen og kraftselskapene om uttak av konsesjonskraft. Avtaleutkastet som ble sendt kommunen i 1997, og avtalen som ble inngått i 1999, har ikke bestemmelser om etterbetaling dersom det leveres mer konsesjonskraft enn fastsatt av NVE 25. november 1976. I oversendelsesbrevet 11. november 1997 ble det under henvisning til et vedlagt brev fra Glommens og Laagens Brukseierforening opplyst at ny konsesjonskraft ville bli beregnet, og uttalt at ”[k]ontrakten vil derfor bli inngått med nåværende kvanta, med klausul om endring”. Noen slik klausul ble imidlertid, i strid med anbefalingen fra Brukseierforeningen, ikke tatt inn i avtalen. Etter mitt syn er det ikke grunnlag for å se uttalelsen i oversendelsesbrevet fra 1997 som en avtale som kan danne grunnlag for tilbakesøking.
- (99) Vi står ikke overfor en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon. Det ble ikke begått feil da betalingene ble foretatt eller konsesjonskraften levert. Betalingen/leveringen har funnet sted i samsvar med de vilkår som gjaldt da de ble foretatt. Det er først da det i 2006 ble fastsatt nytt kraftgrunnlag for Aursunden, at det ble klart at kommunen hadde mottatt for mye i henhold til de beregninger som da ble foretatt av NVE.
- (100) Ankemotpartene har anført at betalingene/leveransene har vært midlertidige fra 1986 til konsesjonsvilkår var endelig fastsatt, og at kommunen må ha skjønt at det skulle finne sted et etteroppgjør når forutsetningene var avklart. Utbetalingene/leveransene kan kanskje alternativt sies å ha skjedd på grunnlag av forutsetninger som har vist seg ikke å være riktige. Under begge synsvinkler vil det etter mitt syn være nærliggende å vurdere spørsmålet om tilbakebetaling/betaling som ved *condictio indebiti*.
- (101) Førstvoterende har lagt til grunn at kommunen har forstått eller i det minste burde ha forstått at konsesjonsavgiftene/ konsesjonskraften var midlertidige, og at det ville bli foretatt et korreksjonsoppgjør når samtlige vilkår forelå.
- (102) Det er særlig to uttalelser som er tillagt vekt her. Dels forbeholdet om ”at de endrede vilkår som evt. gis i tilfelle av fortsatt konsesjon likevel vil bli gjort gjeldende fra 13.05.86”, som departementet tok i brev 2. juli 1987 til Glommens og Laagens Brukseierforening om midlertidig forlengelse av konsesjonen. Dels NVEs uttalelse i brev 7. november 1997 til Kraftlaget Opplandskraft med kopi til kommunen om etterbetaling av konsesjonsavgift på grunn av den høyere avgiftssats som ble fastsatt i forbindelse med den nye konsesjonen. I brevet ble det helt til slutt tatt forbehold om å ”etterberegne avgiften på nytt når eventuelle nye kraftøkninger foreligger”.
- (103) Jeg er ikke enig i at kommunen på grunnlag av forbeholdet i brevet i 1987 om midlertidig konsesjon hadde grunn til å tro at det ville kunne oppstå krav om tilbakebetaling av for

mye mottatt konsesjonsavgift/betaling for for mye mottatt konsesjonskraft. Brevet ble ikke sendt kommunen i kopi, og det er ikke grunn til å anta at kommunen ble kjent med innholdet før det mottok brevet som vedlegg til søknaden om ny konsesjon, som imidlertid først ble sendt i slutten av 1989. Hensett til at det først var i 1996 at departementet vedtok at det skulle beregnes nytt kraftgrunnlag ved alle fornyelser av gamle konsesjoner, var det heller ikke i begynnelsen av 90-tallet grunn for kommunen å merke seg dette i forbindelse med forbeholdet. Det fremgår av St.prp. nr 48 (1996–97) om Glommens og Laagens Brukseierforening, Tillatelse til regulering av Aursunden, side 49, at kommunen var opptatt av at konsesjonsavgiften skulle forhøyes vesentlig. Jeg kan ikke se at det i proposisjonen drøftes endringer i kraftgrunnlaget.

- (104) Som førstvoterende har nevnt, påla NVE etter at den nye konsesjonen var vedtatt, kraftselskapene å etterbetale konsesjonsavgifter fra hjemfallstidspunktet, men tok samtidig forbehold om at avgiften ville kunne bli etterberegnet på nytt når eventuelle nye kraftøkninger foreligger. Slik jeg forstår førstvoterende, mener han at kommunen ved dette hadde fått klar beskjed om at beregningene bare var midlertidige, og at det ville bli foretatt en endelig beregning på et senere tidspunkt.
- (105) Jeg er enig med førstvoterende at uttrykket ”kraftøkninger” i dette utsagnet ikke kan tillegges vekt, ettersom konsesjonsavgift/konsesjonskraft beregnes av ”den øking av vannkraften som er innvunnet ved reguleringen”, jf. vassdragsreguleringsloven § 11 nr. 1 første ledd første punktum og § 12 nr. 15 første ledd første punktum sammenholdt med § 2 tredje ledd. Men den samlede uttrykksmåten ”eventuelle nye kraftøkninger” er likevel etter mitt syn uklar, og det er grunn til å reise spørsmål om den i tilstrekkelig grad har gjort kommunen oppmerksom på muligheten for at en ny beregning av kraftgrunnlaget ville kunne føre til vesentlig endring av de ytelse kommunen hadde mottatt.
- (106) Slik jeg ser det, var det neppe grunn for kommunen til å være oppmerksom på at nye beregninger ville kunne gi et vesentlig redusert kraftgrunnlag for Aursunden-reguleringen, før tidligst i 2003. NVE traff da vedtak om fastsettelse av nytt kraftgrunnlag for Aursunden og om fordeling av konsesjonsavgifter. Ved denne fastsettelsen anså NVE Glomma som overført til Rendalen kraftverk. Dette medførte at konsesjonsavgiften ble fordelt mellom flere kommuner enn tidligere. Røros kommune, som tidligere hadde mottatt 90 prosent av konsesjonsavgiften, skulle etter vedtaket motta 54,6 prosent. Vedtaket ble påklagd, og departementet kom i 2005 til at Glomma ikke kunne anses overført til Rendalen kraftverk, og at konsesjonsavgiftene for Aursunden-reguleringen skulle fordeles på samme kommuner som tidligere. NVE traff deretter nytt vedtak om kraftgrunnlag i 2006. Det ble samtidig fastsatt at Røros skulle motta 83 prosent av konsesjonsavgiftene for perioden 1996–2005.
- (107) Det er ikke noe i saken som viser at kraftselskapene mente at de utbetalte for mye i konsesjonsavgifter før NVE i vedtaket fra 2006 også foretok en beregning av forholdet mellom kommunen og kraftselskapene og fastsatte hvilke beløp de ulike kommunene hadde til gode eller skyldte kraftselskapene.
- (108) Jeg finner det vanskelig å legge til grunn at kommunen forsto eller burde forstått at de mottatte avgiftene/kraften ble uriktig utbetalt, og at de måtte innstille seg på å tilbakebetale for mye mottatt konsesjonsavgift til kraftselskapene. I denne sammenheng må etter min mening også vektlegges at kommunen ikke disponerer konsesjonsavgiften fritt. Bruken av denne avgiften er lovbundet, jf. vassdragsreguleringsloven § 11 nr. 2



annet ledd, og etter det som er opplyst under ankeforhandlingen, er midlene benyttet i samsvar med retningslinjene. Dette stiller seg noe annerledes for konsesjonskraften, hvor kommunen fritt kan disponere over salgsinntektene.

- (109) Et annet spesielt forhold i saken er at det gikk særdeles lang tid – om lag 20 år – før rammevilkårene for den nye konsesjonen var endelig fastsatt. Kommunen kan ikke bebreides for dette. På den annen side er heller ikke kraftselskapene særlig å bebreide i denne sammenheng, bortsett fra at Glommens og Laagens Brukseierforening først sendte søknad om ny konsesjon tre år etter den forrige konsesjonens utløp.
- (110) Kraftselskapene har gjort gjeldende at de ville kunne ha ventet med å utbetale konsesjonsavgift/levere konsesjonskraft til samtlige konsesjonsvilkår var fastlagt. Som nevnt har vassdragsreguleringsloven ikke bestemmelser som regulerer den situasjonen som oppstod da den tidligere konsesjonsperioden utløp og midlertidig konsesjon ble gitt. Det finnes heller ikke lovregler som regulerer hva som skal skje dersom ikke samtlige konsesjonsvilkår er på plass når ny konsesjon gis. Loven har imidlertid i § 11 nr. 5 en bestemmelse om at en del av konsesjonsavgiften kan betinges erlagt forskudsvis når arbeidet påbegynnes. I slike tilfelle kan det ikke kreves tilbakebetaling, jf. § 11 nr. 5 annet punktum. Etter min mening er det nærliggende å anta at lovgiver ville ha lagt samme betraktningmåte til grunn i de tilfeller hvor konsesjonæren erlegger ytelse midlertidig i påvente av at rammevilkårene for konsesjonen blir endelig fastlagt.
- (111) Som ved *condictio indebiti* må saken avgjøres ut fra en konkret rimelighetsvurdering hvor oppgjørshensynet avveies mot korreksjonshensynet. Samlet sett er jeg ut fra en vurdering av forholdene i saken kommet til at det ikke er rimelig å pålegge kommunen i en sak som denne å betale tilbake til kraftselskapene det den har mottatt for mye før nytt kraftgrunnlag ble fastsatt i 2006. Som allerede nevnt mener jeg at det i den sammenheng ikke er grunn til å legge vekt på at mottaker av ytelsene er en kommune, og at det således dreier seg om en offentlig mottaker. Slik jeg ser det, vil det ha vært mer nærliggende for konsesjonæren/kraftselskapene å ta de nødvendige forbehold overfor kommunen dersom man hadde ment at man ville etterberegne avgifter/konsesjonskraft.
- (112) Jeg tilføyer at jeg er enig med førstvoterende i at foreldelsesfristen først begynte å løpe i 2006 da vedtaket om kraftgrunnlag forelå, og i at kommuneloven § 53 nr. 1 stenger for motregning.
- (113) Slik jeg ser saken, mener jeg kommunen må tilkjennes sakskostnader for alle instanser.
- (114) Dommer **Bårdsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Utgård.
- (115) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (116) Dommer **Coward:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bruzelius.

(117) Etter røytinga sa Høgsterett slik

D O M :

1. Ankane blir forkasta.
2. I sakskostnader for Høgsterett betaler Røros kommune og Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar ein for begge og begge for ein 261 950 – tohundreogsekstieintusennihundreogfemti – kroner til Opplandskraft DA og Eidsiva Vannkraft AS i fellesskap innan 2 – to – veker frå forkynninga av denne dommen.

Rett utskrift: