

Rettslige rammer for kraftselskapers ytelser til vertskommuner ved planlegging, utbygging og drift av vannkraftverk

VEILEDER UTARBEIDET AV ADVOKATFIRMAET THOMMESSEN



INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING OG ANBEFALINGER.....	3
1.1	Brukerveiledning.....	3
1.2	Bakgrunn – hvorfor avtaleregulere forholdet til vertskommuner?	4
1.3	Oppsummering: Generelle anbefalinger	5
1.4	Oppsummering: Avtaler med kommunene – hvor ligger gråsonene?	7
1.5	Oppsummering: Avtaleinngåelse.....	7
2	OVERSIKT OVER RELEVANT REGELVERK.....	8
2.1	Generelt	8
2.2	Energiloven	8
2.3	Vannressursloven	9
2.4	Vassdragsreguleringsloven	10
2.5	Industrikonsesjonsloven	11
2.6	Plan- og bygningsloven.....	11
2.7	Konsesjonsloven av 2003 (fast eiendom) og jordlova	15
2.8	Konkurranseregler og statsstøtte	16
2.9	Straffelovgivningen – aktuelle bestemmelser.....	18
3	HVILKE UTGIFTER KAN EN UTBYGGER FÅ FRADRAK FOR ETTER SKATTELOVEN?	19
4	AVTALE MED KOMMUNENE OM VILKÅR/PREMISSER FOR KRAFTUTBYGGING	20
4.1	Bakgrunn – generelt.....	20
4.2	Kan kommunene kreve at det inngås avtale om utbygging?	20
4.3	Krav om forhåndsavtale kan ikke brukes som pressmiddel	21
4.4	Forhåndsbinding av offentlig myndighet.....	21
4.5	Innholdet i avtale mellom kraftutbygger og kommune – utbyggers forpliktelser.....	22
4.6	Nærmere om enkelte typer ytelser/tiltak.....	24
4.7	Saksbehandling	26
4.8	Konsekvenser for konsesjonsprosessen	26
4.9	Skattefradrag for ytelser etter en slik avtale?	27
4.10	Særlig om korrupsjon og påvirkningshandel	27
4.11	Oppsummering.....	28
5	AVTALER MED KOMMUNEN SOM PRIVAT PART.....	28
5.1	Bakgrunn.....	28
5.2	Oppsummering.....	29
6	TILSKUDD TIL ANDRE	29
6.1	Tilskudd til allmennheten	29
6.2	Tilskudd til enkeltaktører/grupper	29
7	PRAKTISK HÅNDTERING AV AVTALER MED KOMMUNER.....	31
8	KOMMUNEN SOM MEDEIER/SAMARBEIDSPARTNER I UTBYGGINGSPROSJEKT.....	31
8.1	Adgang for kommuner til å drive næring.....	31
8.2	Samarbeid – felles eierskap	32
8.3	Habilitetsregler	32
	VEDLEGG	33
	Flytskjema over konsesjonsprosessen for større kraftverk.....	33
	Flytskjema over planprosess i kommunen	34
	Flytskjema over inngåelse av avtaler med kommuner.....	35

1 INNLEDNING OG ANBEFALINGER

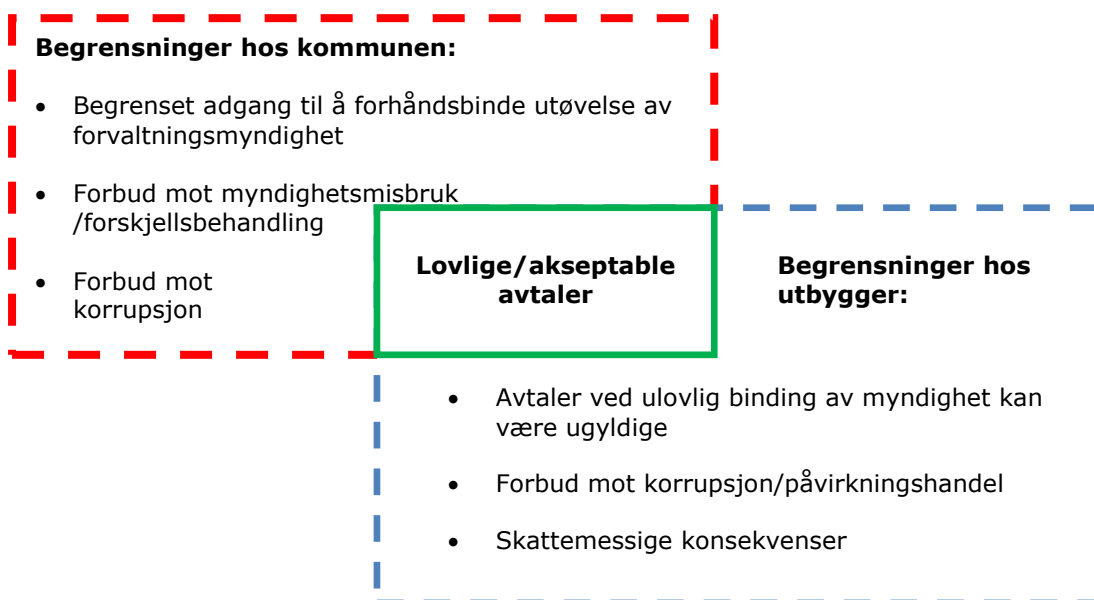
1.1 Brukerveiledning

Formålet med denne veilederen er å gi kraftprodusenter og eiere av kraftproduksjonsvirksomhet en oversikt over hvilke regelverk som regulerer forholdet mellom utbyggere og kommunale myndigheter i forbindelse med utvikling av nye kraftprosjekter.

Hensikten er videre å gi praktisk veiledning i hvordan man bør forholde seg til kommunale myndigheters ønsker og krav om ulike ytelser på ulike stadier i forbindelse med utbygging og drift av vannkraftanlegg.

Veilederen er utformet med tanke på større vannkraftutbygginger hvor det er plikt til å foreta konsekvensutredning etter konsekvensutredningsforskriften (**KU-forskriften**), se nedenfor under punkt 2.6.2.

Enhver utbygger vil være opptatt av å ha et godt forhold til grunneiere og kommunale myndigheter. Ulike regelsett setter imidlertid grenser for hva et kraftselskap kan tilby en kommune for å gjøre kraftutbygging attraktivt, og motsvarende er det begrensninger i hva en kommune har adgang til å motta og i hvilken grad en kommune har adgang til å binde opp sin forvaltningsmyndighet gjennom avtaler med private aktører.



Siktemålet i denne veilederen er å få frem hvilke ytelser kommunene lovlig kan motta, og hvilke avtaler en utbygger kan inngå med en kommune. Dette omfatter ikke bare hvilke ytelser kommunen *har krav på*, men også hvilke avtaler en kommune lovlig *kan* inngå med en utbygger. Ikke minst vil vi gi en anbefaling om hvordan utbyggere etter vår oppfatning *bør* forholde seg, blant annet for å unngå potensielle problemer knyttet til å bevege seg inn i gråsoner i regelverket.

Målgruppen for denne veilederen er i første rekke kraftselskaper og eiere i kraftsektoren. Knapphet på gode utbyggingsprosjekter, betydningen av lokal aksept for utbyggingsprosjekter, tidsbegrensede støtteordninger og tilveksten av en rekke nye aktører på utbyggersiden har skapt et klima hvor mange aktører har vært villig til å strekke seg langt for å gjøre utbyggingsprosjekter attraktive. Målet med denne veilederen er å bidra til større bevissthet rundt de juridiske og etiske problemstillingene man står overfor i utbyggingssituasjoner.

I mange utbyggingsprosjekter må man være forberedt på at ulike former for ytelser til vertskommuner vil kunne møte påstander om urent spill, uavhengig av hvilken realitet det er i påstanden. Slike påstander kan best unngås og imøtegås ved bevissthet og åpenhet rundt saksbehandling og alle former for ytelser til og fra aktuelle kommuner.

Nedenfor under punkt 1.2 vil vi gjennomgå våre hovedanbefalinger om forholdet til kommunale myndigheter. I kapittel 2 gjennomgås sentrale regelsett som regulerer utbygging av vannkraft og med fokus på kommunens rolle.

Spørsmålet om en utbygger kan inngå avtale med kommunen i forbindelse med pågående konsesjonsprosesser, og spørsmålet om hva man eventuelt kan avtale av ytelser fra utbygger til kommunene, er videre gjennomgått i kapittel 4.

I kapittel 5 gjennomgås forholdet til kommunen som privat part (eksempelvis grunneier), mens vi i kapittel 6 gjennomgår hvorvidt utbygger kan gi økonomiske bidrag til andre enn kommunen.

1.2 Bakgrunn – hvorfor avtaleregulere forholdet til vertskommuner?

Kraftutbyggere og vertskommuner må forholde seg til hverandre på en rekke ulike områder og det kan derfor være flere ulike avtaler og avtaletyper som kan komme på tale.

I enkelte tilfeller vil det være diskusjoner og forhandlinger mellom utbyggere og kommuner på et tidlig stadium i et prosjekt, mens det andre ganger kan være aktuelt å inngå avtaler i forbindelse med kommunens planbehandling. Også rene privatrettslige avtaler med kommuner som grunneiere eller tjenesteleverandører kan være aktuelt.

I denne veilederen brukes uttrykket "utbyggingsavtale" sammenfallende med terminologien i plan- og bygningsloven. I plan- og bygningsloven § 17-1 er utbyggingsavtaler definert som avtaler mellom kommunen som planmyndighet og grunneier eller utbygger om utbygging av et område og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan. For slike avtaler er det gitt særlige regler, herunder saksbehandlings- og kunngjøringsregler i plan- og bygningsloven (se nedenfor under punkt 2.6.6).

Øvrige avtaler som inngås mellom utbyggere og kommuner og som angår rettigheter og plikter ved kraftutbygging, men som ikke gjelder gjennomføring av kommunal arealplan er ikke særregulert på samme måte. For å skille de avtalene som direkte reguleres av de særlige saksbehandlingsreglene i plan- og bygningsloven fra avtaler med kommunen for øvrig, brukes begrepet utbyggingsavtale her kun om førstnevnte avtaletype (selv om uttrykket i praksis ofte brukes videre enn den noe snevre definisjonen i plan- og bygningsloven). Når vi i denne veilederen omtaler avtaler som ikke er direkte underlagt plan- og bygningslovens bestemte saksbehandlingsregler bruker vi istedenfor betegnelsen utbyggingsavtale heller uttrykk som avtaler om vilkår og premisser for kraftutbygging eller tilsvarende (se punkt 4).

Det kan være ulike begrunnelser for hvorfor man ønsker å inngå avtaler med en vertskommune i forbindelse med et utbyggingsprosjekt. Generelt er utbyggingsprosjekter og videre drift av kraftproduksjon langsiktige prosjekter, hvor et godt samarbeidsklima og langsiktige perspektiver vil være viktig. Kraftutbygging krever store investeringer og det kan også av den grunn være ønskelig å ha kartlagt hverandres posisjoner og standpunkter for å rydde uklarheter av veien. En avtaleløsning kan også bidra til å legge til rette for effektiv konsesjonsbehandling ved at spesielle bekymringer og forventninger kan avklares på et tidligst mulig tidspunkt. At utbygger og vertskommune i fellesskap kommer frem til praktiske løsninger på praktiske problemer har også lang tradisjon. Avtaleinngåelser som ledd i et konstruktivt samarbeid til felles beste er fortsatt et viktig mål ved forvaltning og utvikling av landets vannkraftsressurser.

Et sentralt premiss siden reguleringen av vannkraftutbyggingen startet opp i Norge, har vært at verdiskapningen skal komme både utbygger, grunneier, vertskommune og fellesskapet for øvrig til gode. Dette har kommet til uttrykk gjennom konsesjoner og konsesjonsvilkår samt ordninger som 25 % tillegg ved ekspropriasjon, regler om konsesjonskraft og konsesjonsavgift, eiendomsskatteregler, grunnrenteskatt samt utformingen av skattesystemet for øvrig.

Større utbyggingsprosjekter hvor det er nødvendig med konsesjoner etter industrikonsesjonsloven kan videre nå kun skje av offentlige aktører og offentlig eide selskaper.

Fordelingen av verdiskapningen gjennom skattesystemet og konsesjonsvilkår er en lovgiveroppgave. Det er Stortinget som vedtar reglene om eiendomsskattenivå og grunnrenteskatt og det er Stortinget som har gitt forvaltningen hjemmel til å kunne stille vilkår ved konsesjonstildeling.

Dersom kommunens rolle som høringsinstans og regulerende myndighet benyttes til å sikre overføringer av økonomiske eller materielle verdier ut over det som følger av skatte- og konsesjonsreglene, vil dette være å gripe inn i den fordelingen av verdiskapningen som Stortinget har fastsatt.

1.3 Oppsummering: Generelle anbefalinger

- **Avtaler med kommunene om ytelser mv i forbindelse med konsesjonsprosessen**
En utbygger har adgang til, men ingen plikt til å inngå avtale med vertskommunen i forkant av eller i forbindelse med søknad om nødvendige konsesjoner for utbygging av vannkraftanlegg, se nedenfor under punkt 4.2.
- **Åpenhet og saksbehandling**
Alle avtaler som inngås med kommunen i egenskap av forvaltningsmyndighet bør inngås i full åpenhet og det bør begrunnes i avtalen hvorfor avtalen er inngått og hva som er formålet med de ordninger, ytelser mv som man har avtalt. Avtaleinngåelsen bør tilstrebe å følge mønster av saksbehandlingsreglene for utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven, se punkt 4.7.
- **Klarhet om kommunens rolle**
I alle avtaler med kommunen er det viktig med klarhet i hvilken rolle kommunen inngår avtalen i egenskap av (for eksempel forvaltningsmyndighet, høringsinstans, eier i prosjektet eller grunneier), se punkt 4.1 og 5.
- **Forhåndsbinding av offentlig myndighetsutøvelse bør unngås**
Avtaler om ulike former for ytelser til kommunen bør ikke sette som betingelse at kommunen skal utøve sin offentlige myndighet på en nærmere bestemt måte (for eksempel at kommunen skal avgi en positiv høringsuttalelse til konsesjonssøknaden), se punkt 4.4.
- **Kommunale krav kan innebære myndighetsmisbruk**
Kommunen kan ikke sette inngåelse av ulike avtaler som betingelse for at kommunen skal utøve sin offentlige myndighet på en nærmere angitt måte (eksempelvis som vilkår for å gi en positiv høringsuttalelse). Dersom utbygger presses til å inngå en slik avtale vil dette kunne utgjøre ulovlig myndighetsmisbruk, se punkt 4.2.
- **Utbygger bør være tilbakeholden med hensyn til hvilke goder/ytelser som tilbys kommunene**
Utbyggere bør være tilbakeholdne med hvilke ytelser/gaver man påtar seg i avtaler med kommuner som inngås i forbindelse med konsesjonssøknadsprosessen. Vidtgående ytelser som ikke kan sies å være tiltak som avbøter konkrete ulemper ved utbyggingen, kan gi grunnlag for

å stille spørsmål ved kommunens habilitet ved avgivelse av høringsuttalelser og ved planmessig behandling av tiltaket, se nedenfor under punkt 4.6 og 4.10.

- **Vidtgående/spesielle ytelser bør begrunnes nærmere**

I de tilfeller man velger å inngå avtale om ytelser som ikke har en åpenbar saklig sammenheng med tiltaket, bør det inntas i avtalen en nærmere begrunnelse for hvorfor ytelsen anses å ha en saklig sammenheng med utbyggingen, og det bør så langt som mulig redegjøres for hvilke ulemper man søker å avbøte med tiltaket, se punkt 4.6.

- **Rene/generelle pengeytelser, næringsfond mv bør ikke avtales**

Det bør ikke inngås avtale om at utbygger skal gi kommunen generelle pengeytelser dersom utbygger får konsesjon uten at dette kan knyttes direkte til konkrete ulemper som følger av utbyggingen. Å akseptere at utbygger skal yte generelle pengeytelser, herunder næringsfond mv i avtaler med vertskommunen, vil rettslig sett kunne være uheldig både i forhold til det forvaltningsrettslige regelverket, straffelovens bestemmelser om korrupsjon/påvirkningshandel og skattemessig. Adgangen til å fastsette eventuelle næringsfond er en kompetanse som er tildelt konsesjonsmyndighetene og ikke vertskommunene. Utbygger bør derfor kun akseptere å gi pengeytelser for å avbøte konkrete og kvantifiserbare negative konsekvenser av tiltaket, se punkt 1.4 og 4.

- **Markedsmessige vilkår i privatrettslige avtaler**

Alle avtaler som inngås med kommunen som *privatrettslig* motpart (for eksempel hvor kommunen er grunneier) må etter vår oppfatning skje til markedsmessige vilkår, se punkt 5.

- **Kun skattefradrag for avtalte ytelser som kommuner har rett til å kreve**

Utbygger kan etter vår oppfatning *ikke* forvente skattefradrag for avtalte ytelser til en kommune, med mindre det er snakk om ytelser til kommunen i egenskap av grunneier (privatrettslig avtale) eller det er snakk om ytelser som kommunen har *adgang* til å pålegge utbygger, se punkt 3 og 4.9 nedenfor. Ytelser som pålegges som konsesjonsvilkår ved konsesjonstildeling vil derimot være fradragsberettiget.

- **Ytelser til enkeltpersoner/involverte parters virksomheter**

Kraftselskaper bør ikke avtale eller tilby økonomiske fordeler direkte til personer som er politikere eller ansatte i kommunen da dette *kan* være en straffbar handling. Man bør også være svært varsom med å tildele oppdrag til næringsvirksomhet hvor sentrale politikere/kommuneansatte har posisjoner/eierinteresser av betydning. Utbygger bør heller ikke betale noen for å påvirke kommunen i det skjulte, eller påvirke kommunen på uredelig vis, se pkt 6.2.

- **Forbud mot ulovlig statsstøtte**

Både ytelser fra offentlig eid kraftutbygger til lokalmiljøene og ytelser fra kommunen til utbygger kan i prinsippet rammes av forbud mot ulovlig statsstøtte, se punkt 2.8.

- **Enhetlig linje – vannkraft, vindkraft mv**

Selskaper som driver flere former for energiproduksjon, eller som har søster-/datterselskaper som driver slik virksomhet, bør tilstrebe at man i konsernet har en mest mulig enhetlig praksis når det gjelder hvordan man forholder seg til kommuner. Dersom man for eksempel går lengre i å tilby avtaler og ytelser ved etablering av vindkraftanlegg, vil man lett kunne bli møtt med spørsmål om hvorfor man ikke kan inngå tilsvarende avtaler ved vannkraftutbygging.

1.4 Oppsummering: Avtaler med kommunene – hvor ligger gråsonene?

Spørsmålet om i hvilken grad man kan inngå avtaler med vertskommunene og hva det kan inngås avtaler om gjennomgås nærmere nedenfor under punkt 4.

For oversiktens skyld vil vi her peke på noen typer av vilkår og konkrete eksempler på vilkår som etter vår vurdering vil kunne være henholdsvis akseptable, problematiske og vilkår som ligger i en gråsoner.

Med "akseptable" vilkår mener vi her at inngåelse av avtale hvor utbygger forplikter seg til å utføre/bekoste det nevnte tiltaket som utgangspunkt ikke vil være i strid med forbud mot korrupsjon, være berettiget til skattefradrag og ikke være problematisk i forhold til forvaltningsrettslige grunnprinsipper.

Problematiske ytelser er ytelser hvor det ofte vil kunne være grunn til å stille spørsmål ved hvilken saklig sammenheng det er mellom ytelsene og tiltaket og hvor ytelsene både vil kunne skape habilitetsproblemer og i ytterste konsekvens kunne anses som korrupsjon/påvirkningshandel (se punkt 2.9).

Som konkludert ovenfor under punkt 1.2 bør utbyggere generelt være tilbakeholdne med å bevege seg inn i gråsoner hvor det kan stilles spørsmål ved om de avtalte ytelsene er juridisk og etisk akseptable.

Derfor bør man i det hele tatt unngå å inngå avtaler om at utbygger skal gi vertskommunen rene pengeytelser av ulike slag dersom det blir gitt konsesjon til anlegget. Likestilt med rene pengeytelser er etter vår vurdering generelle fond til fremme av næringstiltak (næringsfond) og andre generelle fond/pengeytelser hvor ytelsen ikke skal brukes til å bekoste konkrete tiltak som er nødvendig for å avbøte spesifikke ulemper som tiltaket forårsaker (se punkt 1.4 og 4).

Stilt overfor ytelser hvor man er i tvil om ytelsen er akseptabel eller ikke, bør man foreta en konkret vurdering av om ytelsene i dette tilfellet kan sies å stå i saklig sammenheng med tiltaket og om de kan sies å avbøte en konkret ulempe forårsaket av utbyggingen.

Ved å legge en slik policy til grunn for diskusjoner og forhandlinger med vertskommunene har man lagt et godt grunnlag for å forhindre spørsmål om gyldigheten av tildelte konsesjoner, og man vil heller ikke stå i fare for å ha gitt ytelser som man ikke får skattefradrag for.

Endelig påpekes det at *prosessen* og *timing* knyttet til de vilkår og avtaler som man kommer frem til vil kunne ha stor betydning. En i utgangspunktet kurant ytelse vil kunne være problematisk dersom avtalen inngås i det skjulte og gis like forut for at kommunen skal behandle utkast til høringsuttalelse til NVE el. På samme måte vil en ytelse som ligger i gråsonen kunne være akseptabel dersom det er full åpenhet rundt prosessen og dersom den har en konkret og saklig begrunnelse.

1.5 Oppsummering: Avtaleinngåelse

Som nevnt er *formålet* med avtaler med kommunene i forbindelse med utbyggingsprosjekter å sørge for avklaring for kommunen samt finne praktiske løsninger på praktiske utfordringer som utbyggingen skaper. Formålet skal derimot *ikke* være å endre den fordeling av verdiskapningen som er fastsatt gjennom skatte- og konsesjonssystemet.

Avtalte ordninger mellom utbygger og kommune kan heller ikke være slik at de gir grunn til å stille spørsmål ved kommunens habilitet og myndighetsutøvelse eller bryter med samfunnets normer for øvrig.

Det er derfor nødvendig å ha en gjennomtenkt og bevisst holdning til hva man aksepterer å inngå avtale om i dialog med vertskommunene i forbindelse med konsesjonssøknader og utbyggingsprosjekter.

En mulig strategi er å ha som rettesnor at man kun skal inngå avtaler om ytelser som man er sikker på at er innenfor rammen av hva som kan forventes stilt som konsesjonsvilkår. . Dersom man kun inngår avtale om dette, gir avtalen ikke kommunen noen særfordeler eller tilleggsytelser utover de forventede konsesjonsvilkårene, men kommunen oppnår forhåndsavklaring, og spørsmål om tiltakets plassering, omfang mv kan også klareres. Benytter man seg av en slik strategi vil man i forhandlinger med kommunene kunne anføre at man ikke kan inngå avtale om annet enn konkrete avbøtende tiltak.

En utfordring med en slik strategi er at det kan være vanskelig å fastslå med sikkerhet hva som kommer til å bli stilt som konsesjonsvilkår. Dersom man ikke er tilstrekkelig tilbakeholden, vil det derfor alltid være en viss fare for at man kan ende opp med å gå noe lengre i å tilby ytelser enn dersom man kun hadde avventet og forholdt seg til de konsesjonsvilkår som blir oppstilt av konsesjonsmyndighetene.

2 OVERSIKT OVER RELEVANT REGELVERK

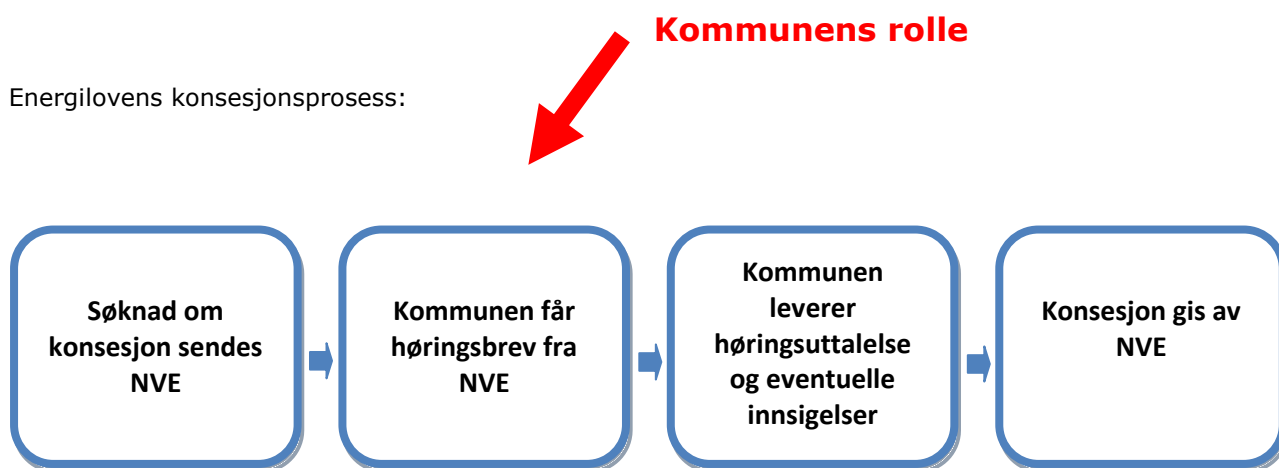
2.1 Generelt

Det er flere regelsett som regulerer ulike sider ved utbygging av vannkraftverk. Kommunale myndigheter er involvert på ulike måter og har kompetanse og innflytelse etter flere regelsett.

Nedenfor gjennomgås de sentrale regelverkene som regulerer utbygging av kraftverk med særlig fokus på hvilken rolle kommunene har etter de ulike regelverkene.

2.2 Energiloven

For å foreta utbygging av et vannkraftverk er det for det første nødvendig med anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1. Konsesjonen omfatter bestemte anlegg bestående av generatorer, transformatorer, skinner, ledninger osv. Norges vassdrags- og energidirektorat ("**NVE**") er konsesjonsmyndighet og Olje- og energidepartementet ("**OED**") er klageinstans.



Konsesjonssøknader skal være offentlige og kunngjøres. Det skal gjennomføres en høringsprosess hvor alle berørte parter (herunder interesseorganisasjoner, lokale og regionale myndigheter og statlige sektor-/ fagmyndigheter) gis anledning til å uttale seg. Etter energiloven § 2-1 gjelder reglene om innsigelse i plan- og bygningsloven §§ 5-4 til 5-6 så langt de passer ved behandling av anleggskonsesjonssøknader.

Etter energilovens § 2-1 skal plan- og bygningslovens regler om innsigelsesrett følges så langt disse passer. En innsigelse betyr at kommunen motsetter seg at utbyggingen realiseres, og slike innsigelser fremsettes ofte i høringsuttalelsen. Konsekvensen av at det er kommet en innsigelse er at konsesjonsmyndigheten må gjøre en vurdering av om den kan imøtekommes. Hvis innsigelsen ikke kan imøtekommes blir virkningen at konsesjonsvedtaket ikke blir endelig og må oversendes Olje- og energidepartementet for endelig vedtak. Dette er likevel noe annet enn en klage ettersom det ikke er et vedtak som påklages, men innsigelser til en søknad.

De samme organene som har innsigelsesrett etter plan- og bygningsloven har også klagerett på vedtak om konsesjon etter energiloven.

I konsesjonsbehandlingen skal det foretas en helhetlig samfunnsmessig vurdering av fordelene og ulempene ved det omsøkte tiltaket. Fag-/sektormyndigheter og andre berørte parter gir innspill gjennom konsesjonsprosessen og disse innspillene må deretter vurderes ved konsesjonsbehandlingen.

Vertskommunens formelle rolle i konsesjonsprosessen er med andre ord både å være høringsinstans for konsesjonssøknaden etter energiloven, samt at kommunen innehar innsigelsesrett og klageadgang i forhold til konsesjonsvedtak.

2.3 Vannressursloven

Når det søkes om konsesjon til å bygge ut vannkraftverk er det i tillegg til konsesjon etter energiloven nødvendig med konsesjon for selve vassdragstiltaket.

Vannressursloven regulerer alle tiltak i vassdrag, mens vassdragreguleringsloven gir konsesjonsplikt for vassdragsreguleringer som øker vannkraften over visse terskelverdier eller dersom reguleringen har vesentlig påvirkning på allmenne interesser eller naturforhold, jf vassdragsreguleringsloven § 2 og punkt 2.4 nedenfor.

Forholdet mellom regelverkene er slik at tiltak som krever konsesjon etter vassdragsreguleringsloven, ikke krever egen konsesjon etter vannressursloven, jf vannressursloven § 19 første ledd.

Vannressursloven oppstiller generelle regler for alle vassdrag, og reglene har etter formålsbestemmelsen i § 1 til hensikt å *"sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann"*.

Vannressursloven fastslår at ingen kan sette i gang tiltak som berører vassdrag eller sjø og som kan være til *"nevneverdig skade eller ulempe"* for allmenne interesser uten konsesjon etter vannressursloven, jf § 8.

Selv om tiltaket ikke er konsesjonspliktig, må tiltakshaver likevel avklare med kommunen om tiltaket trenger dispensasjon fra arealplan og/eller trenger byggetillatelse.

I søknadsprosessen blir konsesjonssøknaden offentliggjort og både kommunene og fylkeskommunene, vil være høringsinstanser. Ellers vil kommunens rolle være den samme som ved søknad om konsesjon etter energiloven, jf punkt 2.2. Søknad om konsesjon etter energiloven og vassdragsreguleringsloven eller vannressursloven behandles ordinært samtidig.

Kommunens rolle kan fremstilles slik:



2.4 Vassdragsreguleringsloven

Større vassdragsreguleringer trenger konsesjon etter vassdragsreguleringsloven.

Den sentrale bestemmelsen om hvilke anlegg som krever konsesjon etter vassdragsreguleringsloven, § 2 første ledd, lyder som følger:

"Vassdragsreguleringer for produksjon av elektrisk energi som øker vannkraften:

- a) *med minst 500 naturhesterkrefter i et enkelt eller flere vannfall som kan utnyttes under ett, eller*
- b) *med minst 3.000 naturhesterkrefter i hele vassdraget, eller*
- c) *som alene eller sammen med tidligere reguleringer påvirker naturforholdene eller andre allmenne interesser vesentlig, kan bare utføres av staten eller den som får tillatelse av Kongen (konsesjon)."*

NVE er koordinerende og innstillende myndighet for konsesjon etter vassdragsreguleringsloven, mens det er OED som er konsesjonsmyndighet. Større og kontroversielle utbygginger skal videre forelegges Stortinget.

For større vannkraftutbygginger vil prosessen starte opp med melding til NVE med forslag til konsekvensutredningsprogram. Dette programmet vil deretter bli sendt på høring og NVE vil regulært arrangere folkemøte i forbindelse med høringen.

Etter høringen vil det bli gjennomført konsekvensutredning etter endelig fastsatt program. Reglene om når det skal gjennomføres konsekvensutredning og kravene til konsekvensutredninger er nærmere beskrevet nedenfor under punkt 2.6.2 flg.

Etter at eventuell konsekvensutredning er gjennomført er neste trinn søknad om konsesjon. Søknad om konsesjon etter vassdragsreguleringsloven blir lagt ut på høring etter vassdragsreguleringsloven § 6 og søknaden mv skal sendes til blant annet berørte kommuner og fylkeskommuner. Kommunene har rett til å komme med innsigelser, eller avgi positive uttalelser. I høringsuttalelsene fremmes også høringsinstansenes syn på utforming av konsesjonsvilkår.

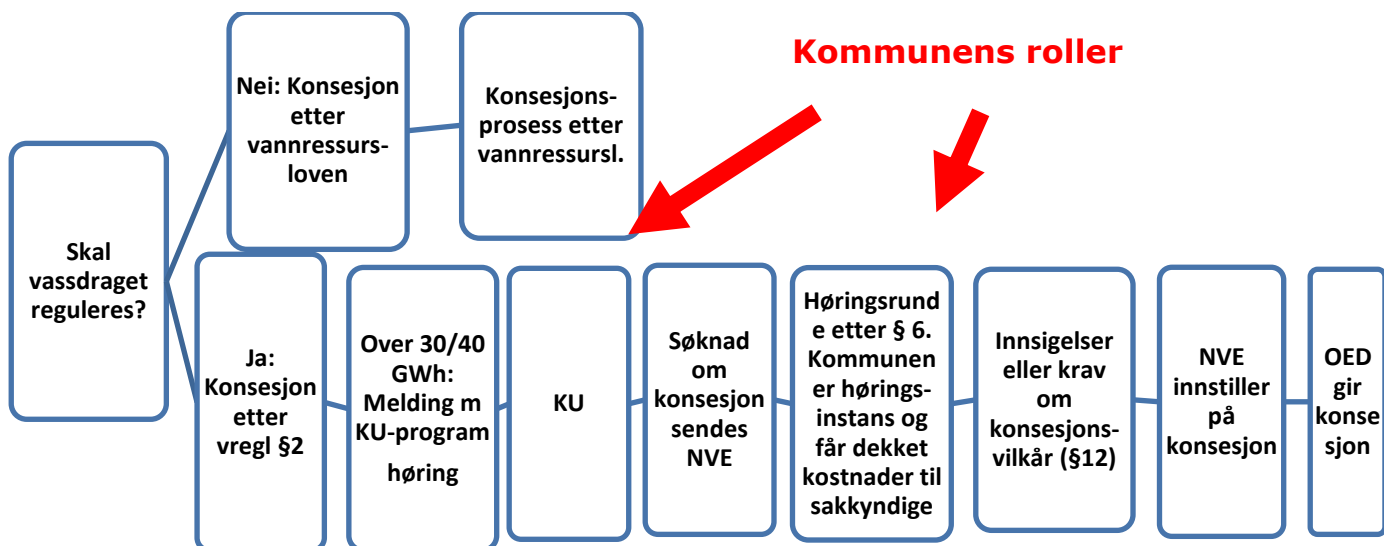
Utgifter til sakkyndig hjelp i forbindelse med høringen kan kommunen kreve erstattet av den som søker konsesjon. Det samme gjelder for nødvendig utlegg i forbindelse med kommunal planlegging. Alle innsigelser som fremkommer under høringen skal forelegges søker for uttalelse.

Konsesjon skal bare gis dersom utbyggingen etter en avveining er til mer nytte enn skade for samfunnet. Dersom prosjektet for eksempel blir uforholdsmessig dyrt vil det kunne føre til at det ikke blir gitt konsesjon. Kompensasjon og ulike tiltak som er forespeilet til kommunene vil også være et element i avveiningen.

Vassdragsreguleringsloven §§ 10 og 11 oppstiller alminnelige vilkår om konsesjonenes varighet, revisjon og konsesjonsavgift mv.

Videre oppstilles det i § 12 rammer for øvrige konsesjonsvilkår. Sentralt her er blant annet at konsesjonærene på visse vilkår kan pålegges å dekke utgifter til reguleringsplan, at konsesjonæren kan pålegges å yte tilskudd til jordbruk, skogbruk og fiske samt å etablere næringsfond. Det kan også stilles konsesjonsvilkår om erstatning av utgifter til vedlikehold av broer, veier og kaier mv samt rett til konsesjonskraft.

Konsesjonsprosessene etter vassdragsreguleringsloven:



2.5 Industrikonsesjonsloven

Etter industrikonsesjonsloven ("ikl") § 1 er det behov for konsesjon ved erverv av eiendomsrett til vannfall som ved regulering antas å kunne utbringes til mer enn 4000 naturhestekrefter.

Dersom det også er behov for konsesjon til regulering av vassdraget etter vassdragsreguleringsloven vil konsesjonsbehandlingen etter disse lovene bli koordinert og eventuelle tillatelser vil bli gitt samtidig. Vi vil ikke berøre spørsmål om hvem som kan erverve eiendomsrett og spørsmål knyttet til hjemfallsrett i denne veilederen.

2.6 Plan- og bygningsloven

Kommunene har som planmyndighet avgjørelsesmyndighet etter plan- og bygningsloven.

De fleste områder i Norge er regulert til et formål etter en kommuneplan. Planen angir hva området skal brukes til. For å bruke det aktuelle området til noe annet må det enten gis en ny plan eller det må gis dispensasjon fra den som er gjeldende. Enkelte områder er ikke regulert, og for å kunne gjennomføre tiltak i slike områder må det som hovedregel først gis en plan for området. Det er kommunene som vedtar planer for kommunen, og som har kompetanse til å gi dispensasjoner fra gjeldende arealplan. Dette innebærer også en kompetanse til ikke å gi en arealplan.

Plan- og bygningsloven regulerer også saksbehandlingen i de tilfeller hvor det er nødvendig å gjennomføre konsekvensutredninger ved søknad om konsesjon til etablering av vannkraftverk.

For vannkraftanlegg med årlig produksjon over 40 GWh oppstilles det generelt krav til utredningsplan og konsekvensutredning i konsekvensutredningsforskriften ("**KU-forskriften**"), mens det for mindre kraftutbygginger (over 25 MW installert effekt eller produksjon over 30 GWh), kun er nødvendig med konsekvensutredning dersom tiltaket har vesentlige virkninger for miljø og samfunn, jf KU-forskriften § 4, jf § 3 første ledd.

Når det gjelder vindkraftanlegg skal alle anlegg med installert effekt på mer enn 10 MW konsekvensutredes, jf Vedlegg I til KU-forskriften.

Gjennomføring av en konsekvensutredning medfører at det må opprettes kontakt mellom utbygger og kommune.

Reglene om hvilke avtaler kommunen kan inngå om bruk av sin kompetanse som plangiver er også gitt i plan- og bygningsloven (se punkt 2.6.6). Disse bestemmelsene om såkalte utbyggingsavtaler er relevante også ved inngåelse av andre avtaler med kommuner, idet reglene i stor utstrekning må ses som utslag av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling.

Plan- og bygningsloven er sentral i forholdet mellom kommune og utbygger når det gjelder:

- Planavklaring dersom tiltaket er i strid med arealplan eller det ikke er vedtatt en kommuneplan for området (se punkt 2.6.1)
- Eventuelle utbyggingsavtaler (se punkt 2.6.6)

2.6.1 Kommunen som planmyndighet

Plan- og bygningsloven 2008 § 1-6 nevner en rekke tiltak som bare kan iverksettes dersom de ikke er i strid med lovens bestemmelser med tilhørende forskrifter, kommuneplanens arealdel og reguleringsplan. Slike tiltak krever følgelig planavklaring eller lovhjemlet unntak fra plansystemet.

Dersom det er ønskelig å gjennomføre et tiltak som er nevnt i § 1-6, og tiltaket ikke er i samsvar med gjeldende arealplan (kommuneplan, reguleringsplan), kan planavklaring skje ved at gjeldende arealplan endres eller oppheves og erstattes av ny plan, eller ved at det innvilges midlertidig eller varig *dispensasjon* fra gjeldende arealplan.

For større bygge- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn, kreves det *normalt* at planavklaring skjer ved reguleringsplan, jf plan- og bygningsloven 2008 § 12-1. Her gjelder det imidlertid et viktig unntak for konsesjonspliktige anlegg for produksjon av energi etter energiloven, vannressursloven eller vassdragsreguleringsloven. Unntaket medfører at det ikke vil være plikt til å utarbeide reguleringsplan for konsesjonspliktige vannkraftanlegg dersom området ikke er regulert.

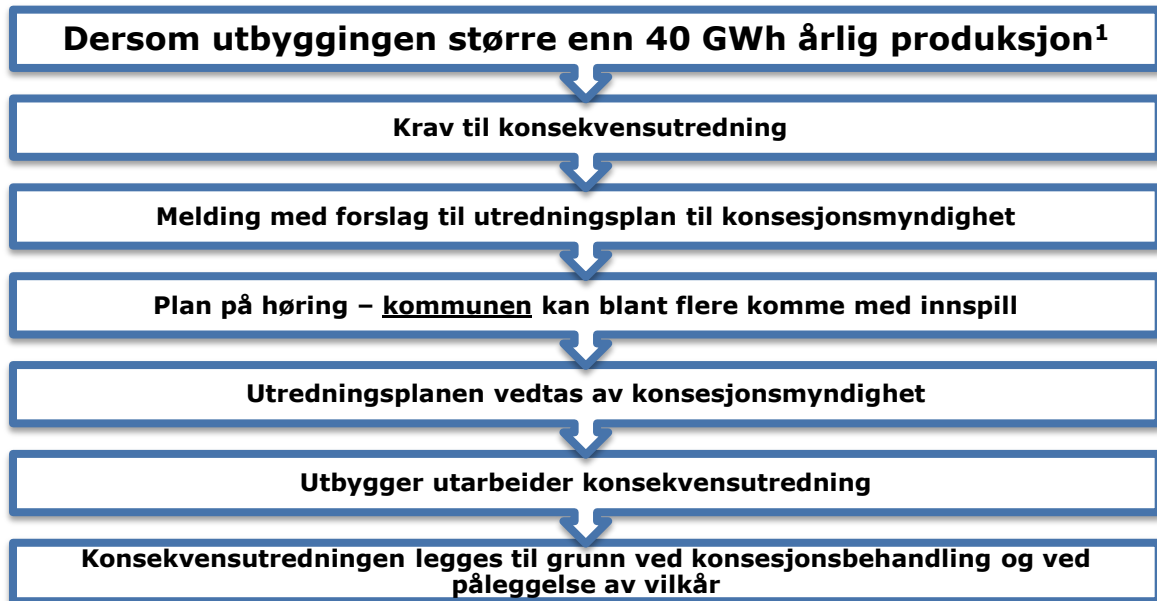
I de tilfeller der kommunen er negativt innstilt til anlegget og ønsker å motarbeide dette, kan det tenkes at kommunen avslår dispensasjonssøknad og nekter å vedta planendring/ny regulering. I slike tilfeller inneholder lovverket en sikkerhetsventil i § 6-4 tredje ledd der, det fremgår OED kan vedta at konsesjonen etter energiloven skal gjelde som *statlig plan*.

<p style="text-align: center;">Vannkraftutbygging: Ikke behov for ny reguleringsplan dersom kraftutbygging planlegges i uregulert område</p>

2.6.2 Konsekvensutredning ved vannkraftutbygging

Plan- og bygningsloven og KU-forskriftens regler om gjennomføring av konsekvensutredning gjelder ikke bare ved søknad om tiltak etter plan- og bygningsloven, men reglene kommer som nevnt også til anvendelse ved større vannkraftutbygginger, jf vassdragsreguleringsloven § 5 og vannressursloven § 19.

For saker etter energiloven, vannressursloven og vassdragsreguleringsloven vil *konsesjonsmyndigheten* (NVE/OED) være ansvarlig myndighet etter konsekvensutredningsbestemmelsene. Konsekvensutredninger til slike tiltak skal følge reglene for konsekvensutredning etter plan- og bygningsloven.



2.6.3 Utredningsprogram

Melding med forslag til utredningsprogram utarbeides og betales av utbygger.

Programmet skal utarbeides tidligst mulig under forberedelse av tiltaket. Programmet skal blant annet gjøre rede for tiltaket, behovet for nødvendige utredninger, forhold som det tas sikte på å belyse i konsekvensutredningen og tiltak det tas sikte på å gjennomføre med henblikk på informasjon og medvirkning (bla tiltak rettet mot berørte i lokalsamfunnet). Det skal også allerede her gis en samlet oversikt over mulige avbøtende tiltak som utbygger vil iverksette. NVE påpeker at aktuelle avbøtende tiltak som kan presenteres allerede i meldingen for eksempel kan være minstevannføring og terskelbasseng.²

Melding med forslag til utredningsprogram skal sendes på høring og legges ut til offentlig ettersyn. Utbygger kan stå for det praktiske arbeidet med utsendelse av melding med forslag til program på høring og oppsummering av uttalelsene.

For tidlig å fange opp synspunkter og forebygge konflikt lokalt, er det viktig at kommunen oppfordres til å fremme sine synspunkter i forbindelse med høring av planprogrammet.

¹ Eller over 30 GWh årlig produksjon/installert effekt på minst 25 MW og oppfyller ett av kriteriene i KU-forskriften § 4 (lokalisert i særlig verdifulle landskap/konflikt med viktige inngrepsfrie naturområder mv)

² NVEs veileder 3/2010 *Konsesjonshandsaming av vasskraftsaker* side 32.

Når melding med forslag til utredningsprogram har vært på høring, fastsettes programmet, som hovedregel av konsesjonsmyndigheten.

2.6.4 *Innholdet i konsekvensutredningen*

Konsekvensutredningen skal belyse virkningene for miljø og samfunn. Dette omfatter blant annet miljømessige virkninger som for eksempel forurensning av jord eller vann samt hensynet til verdiskapning og forsyningssikkerhet.

Forhold som også vil ha betydning i en konsekvensutredning er forholdet til befolkningens helse, sosiale forhold, samfunnssikkerhet og konsekvenser for samisk natur- og kulturgrunnlag. Betydningen og omfanget av de avbøtende tiltak som utbygger vil utføre vil også spille inn i vurderingen.³ Konsekvensutredningen skal fokusere på beslutningsrelevante problemstillinger.

Dette gjør at konsekvensutredningen må skje i samsvar med kommunale myndigheter for å avklare påvirkningen av utbyggingen. Vi vil anbefale en prosess hvor kommunen er involvert i de ulike forholdene på et tidlig tidspunkt og utbygger kan legge til rette for at kommunens innsigelser blir hørt, slik at det ikke blir behov for lengre forhandlinger.

2.6.5 *Konsekvensutredningen skal legges til grunn for konsesjonsvedtaket*

Begrunnelsen for konsesjonsvedtaket skal vise hvordan virkningen av tiltaket samt innkomne uttalelser har vært vurdert og tatt hensyn til. Dette gjelder særlig i forhold til valg av alternativer som er vurdert i arbeidet med konsekvensutredningen. Det kreves også at vedtaket med begrunnelse skal offentliggjøres.

Vedtaksmyndigheten skal på bakgrunn av høringen av søknad med konsekvensutredning, vurdere og eventuelt fastsette vilkår for å overvåke og redusere virkninger av vesentlig betydning. Vilkårene nedfelles i vedtaket. Vedtaksmyndigheten kan videre, etter avtale med utbygger, bestemme at det skal utarbeides et miljøoppfølgingsprogram for å sikre at hensynet til miljø ivaretas ved gjennomføring av tiltaket.

Konsekvensutredningen klarlegger hvilke konsesjonsvilkår som kan være aktuelle

2.6.6 *Reglene for inngåelse av utbyggingsavtaler med kommunen*

Med utbyggingsavtale menes en avtale mellom kommunen som planmyndighet og grunneier eller utbygger om utbygging av et område og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan, jf plan- og bygningsloven § 17-1. Saksbehandlingsreglene for inngåelse av en slik avtale følger av plan- og bygningsavtalen § 17-4. Hovedreglene er som følger:

- Forhandlinger skal kunngjøres av kommunen
- Forslag til avtale skal i noen tilfeller legges ut til 30 dagers ettersyn (dersom det er kompetanse til å regulere bygninger, og dersom det er en avtale om dekning av kostnader i forbindelse med planlegging av tiltak)
- Kommunen skal kunngjøre det ferdige resultatet
- Arealplan må være vedtatt før utbyggingsavtale inngås

³ NVE veileder 3/2010 side 55.

Ved vannkraftutbygginger er det i de fleste tilfeller ikke aktuelt å inngå slik utbyggingsavtale, ettersom det først og fremst ikke er kommunens kompetanse etter plan- og bygningsloven det er relevant å inngå en avtale med kommunen om.

Saksbehandlingsreglene om utbyggingsavtaler i plan- og bygningsloven er derimot relevante for å vurdere hvilke forvaltningsrettslige skranker det legges på kommunen ved inngåelse av lignende avtaler utenfor plan- og bygningslovens område som for eksempel avtaler om ytelser fra utbyggere inngått i forbindelse med pågående konsesjonssøknadsprosesser. I og med at reglene om utbyggingsavtaler er utslag av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, er det nærliggende også på andre områder å se hen til reglene ved inngåelse av avtaler med kommuner hvor det ikke er gitt egne saksbehandlingsregler.

2.7 Konesjonsloven av 2003 (fast eiendom) og jordlova

2.7.1 Konesjon på erverv

Kommunen vil også være involvert i de tilfellene hvor man ved erverv av grunn trenger konsesjon etter konsesjonsloven.

Konesjonsloven § 2 fastslår at erverv av fast eiendom er konsesjonspliktig, med mindre det er gjort unntak i loven eller forskrift fastsatt i medhold av loven. Det samme gjelder stiftelse og overdragelse av leierett og annen lignende bruksrett over fast når varigheten er lengre enn 10 år, jf § 3.

Leieavtalen/eiendomservervet vil være unntatt fra konsesjonsplikt dersom vannkraftanlegget skal ligge i område som i reguleringsplan er regulert til annet enn landbruksområde såfremt det ikke foretas bruksendring i strid med planen, jf konsesjonsloven § 4 nr 3.⁴ Dette unntaket kan for eksempel komme til anvendelse der kommunen har vært forutseende og tidlig lagt til rette for etablering av vannkraft i sin planlegging ved allerede å regulere arealet til samferdselsanlegg og teknisk infrastruktur.

Store deler av landet er uregulert. Særlig gjelder dette i utmarksområder hvor slike utbygginger typisk vil finne sted, dermed er det nødvendig med konsesjon i slike områder. Konesjonssøknad skal behandles av den aktuelle kommunen.

Av konsesjonsloven § 15 følger det at konsesjon er et vilkår for tinglysing av avtalen/erervet. For ordens skyld nevner vi at konsesjonssøknad skal sendes innen fire uker etter avtaleinngåelsen eller det tidspunktet erververen fikk rådighet over eiendommen, jf konsesjonsloven § 13.

2.7.2 Når er det behov for en delingstillatelse etter jordlova?

Jordlova oppstiller et forbud mot oppdeling og utskilling av bruksrettigheter uten samtykke for landbrukseiendommer. Formålet med bestemmelsen er å tilrettelegge for en arealutnyttelse som fremmer landbruks- og samfunnsinteresser.



⁴ Paragraf 4 nr 3 gjør også unntak fra konsesjonsplikt for områder som i kommuneplanen er lagt ut til bebyggelse og anlegg, men unntaket er betinget av at det ikke foretas bruksendring i strid med planen. Bruksendring i strid med planen er imidlertid en forutsetning for etablering av vannkraftanlegg, som ifølge lovforarbeidene faller inn under arealformålet samferdselsanlegg og teknisk infrastruktur, jf plan- og bygningsloven 2008 § 11-7 annet ledd nr 2.

Den sentrale bestemmelsen om delingsforbud/krav om samtykke til deling er jordlova § 12 første ledd som lyder som følger:

“Eigedom som er nytta eller kan nyttast til jordbruk eller skogbruk kan ikkje delast utan samtykke frå departementet. Med eigedom meiner ein òg rettar som ligg til eigedomen og partar i sameige. Forbodet mot deling gjeld òg forpaking, tomtefeste og liknande leige eller bruksrett til del av eigedom når retten er stifta for lengre tid enn 10 år eller ikkje kan seiast opp av eigaren (utleigaren).”

Avtaler om leie av fall er avtaler om bruksretter til fast eiendom. Normalt vil slike avtaler ha varighet lenger enn 10 år og følgelig må det innhentes delingstillatelse etter jordlova.

Det følger av tinglysingsloven § 12 a annet ledd at tinglysing ikke kan skje før samtykke til delingen etter jordlova er innhentet. Samtykke etter jordlova § 12 er følgelig et nødvendig vilkår for tinglysing av avtalen.

En avtale som rammes av delingsforbudet kan ikke lovlig gjennomføres før delingstillatelse er gitt.

Der hvor jordlova oppstiller delingsforbud, må søknad om delingstillatelse sendes den aktuelle kommune. Kommunene har fullmakt til å avgjøre alle delingssøknader, jf rundskriv M-4/2003 fra Landbruksdepartementet. Søknad om delingstillatelse kan fremmes i brevs form der avtalen vedlegges.

Hva som kan gi grunnlag for delingstillatelse, følger av jordlova § 12 annet ledd:

“Departementet kan gi samtykke dersom samfunnsinteresser av stor vekt taler for det, eller deling er forsvarleg ut fra omsynet til den avkasting eigedomen kan gi. Ved avgjerd skal det mellom anna takast omsyn til om deling kan føre til drifts- eller miljømessige ulemper for landbruket i området. Det skal òg takast omsyn til godkjende planer som ligg føre for arealbruken etter plan- og bygningslova og omsynet til kulturlandskapet.”

Etter vår vurdering kan man både begrunne utleie av fall til utbygging i samfunnsinteresser og med hensynet til eiendommens avkastning.

Vi antar at faktaopplysningene i konsesjonssøknaden i utgangspunktet vil gi en tilfredsstillende beskrivelse av vannfallet/eiendommene for behandling av delingssaken etter jordlova. I tillegg bør det gis en kortfattet begrunnelse for hvorfor vilkårene i jordlova § 12 annet ledd er oppfylt.

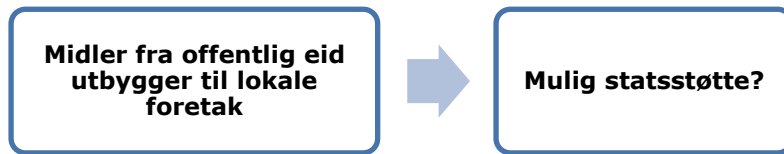
2.8 Konkurranseregler og statsstøtte

Forskjellige former for tilskudd, utbetalinger, kompensasjoner og avtaler med kommuner, kan også reise spørsmål i forhold til konkurranserettslige regler og regelverket om statsstøtte. Tilskudd fra et offentlig eid kraftselskap kan etter EØS- reglene anses som en ulovlig støtte fra det offentlige, se punkt 2.8.1.

Som et utgangspunkt må det imidlertid kunne legges til grunn at det vil være mulig for utbygger å gi økonomiske fordeler i en eller annen form direkte eller indirekte til de kommunene en utbygging angår, kommunale bedrifter og/eller lokale foreninger og lag, uten at dette kommer i strid med ovennevnte regelverk.

Likedan må det som et utgangspunkt kunne legges til grunn at det vil være mulig for kommunene å legge til rette for etableringen uten at dette trenger å innebære noen statsstøtte fra kommunenes side.

2.8.1 Når er handlinger fra utbygger i strid med statsstøttereglene?



Dersom en utbygger er direkte eller indirekte offentlig eid, må statsstøttereglene vurderes dersom det er snakk om å gi tilskudd eller lignende til andre foretak. Slike tilskudd kan regnes som ulovlig statsstøtte selv om utbygger ikke er direkte eid av staten. Begrepet stat må i EØS-rettslig sammenheng tolkes videre enn kun de statlige organene og begrepet "offentlig tilskudd" vil være mer treffende enn "statsstøtte".

For at bidrag fra utbygger til lokale mottagere av ulik art skal kunne utgjøre ulovlig statsstøtte må følgende vilkår være oppfylt:

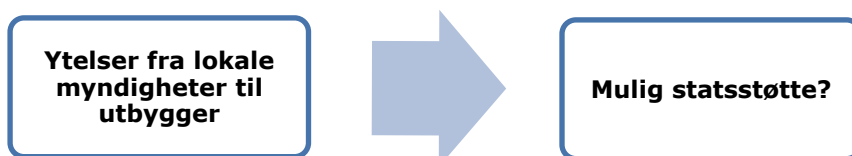
- Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren
- Støtten må være gitt av *statsmidler*
- Mottager av støtte må drive en *økonomisk aktivitet* (være et foretak)
- Støtten må begunstige *enkelte* foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester
- Støtten må true med å *vri konkurransen*
- Støtten må være egnet til å *påvirke samhandelen* mellom EØS-landene.

Økonomisk bistand til en kommune vil derfor i de aller fleste tilfeller ikke omfattes av statsstøttereglene ettersom de ikke er et "foretak". Et offentlig organ, eller offentlig eid virksomhet kan omfattes av begrepet foretak, og tilskudd til disse *kan* derfor være i strid med statsstøttereglene.

Dette stilles på spissen i de tilfellene der kommunen driver virksomhet *i konkurranse* med private. Direkte tilskudd til en slik virksomhet, *kan* være i strid med statsstøttereglene, derfor bør slike tilskudd vurderes konkret.

Det vil være fullt mulig for utbygger å finne måter å bidra økonomisk til lokalmiljøene på uten at dette rammes av statsstøttereglene. En konkret vurdering av aktuelle tiltak vil imidlertid være nødvendig. Eventuelle feiltrinn på dette området vil også kunne medføre plikt for støttemottaker til å tilbakebetale støtten, og dermed ha betydelige konsekvenser.

2.8.2 Når er handlinger fra kommunen i strid med statsstøttereglene?



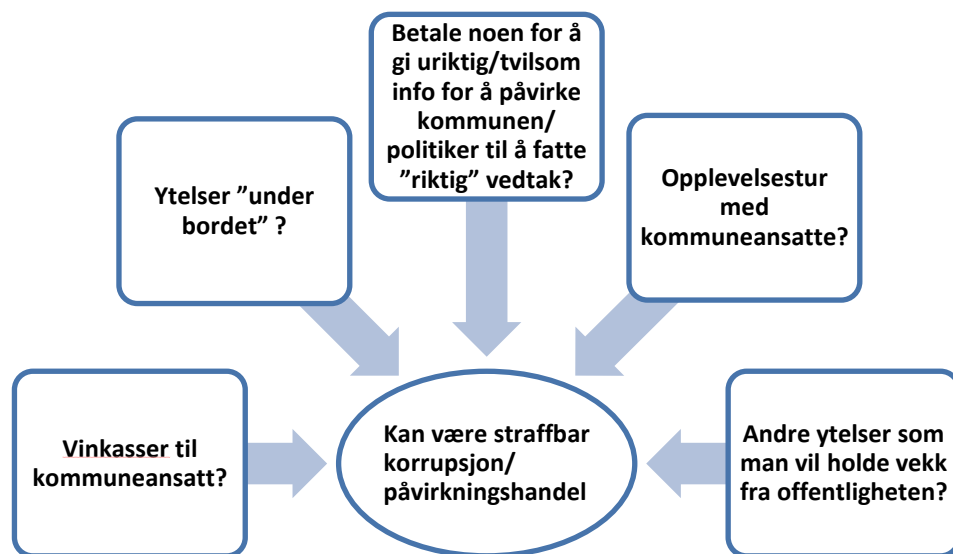
For det tilfelle at det skulle være aktuelt for *lokale myndigheter å begunstige foretaket* skatte- og avgiftsmessig, med kreditter på ikke-markedsmessige vilkår, tilgang til offentlig eiendom til underpris, offentlig kjøp av tjenester til overpris eller lignende, nevnes det at også dette kan utgjøre en statsstøtte

i strid med regelverket. Det samme behovet for konkret vurdering og den samme risiko for tilbakebetalingsplikt (i dette tilfelle fra utbygger som mottaker) gjør seg gjeldende i denne forbindelse.

Selv om det etter alt å dømme er praktisk mulig å finne løsninger hva gjelder bidrag til og fra utbygger som ikke utgjør statsstøtte, kan det etter omstendighetene være behov for en avklaring med EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) i denne anledning. Alternative fremgangsmåter kan være nødvendige eller hensiktsmessige: En notifikasjon (en formell søknad om tillatelse/bekreftelse av lovlighet), et varsel eller en uformell kontakt for å avklare at man er enige om at prosjektet ikke rammes av verken de materielle eller prosessuelle statsstøttereglene. Dette vil kunne ta noe tid, og det bør, dersom en slik avtale er aktuell, tas høyde for dette i planleggingen.

Kort oppsummert bør en utbygger som er offentlig eid være forsiktig med å avtale ytelser til en kommune som innebærer gaveelement eller vederlag under alminnelige markedsvilkår.

2.9 Straffelovgivningen – aktuelle bestemmelser



Både for utbygger og kommunen finnes det strafferettslige skranker for hvilke ytelser, vilkår og påvirkning som kan mottas og ytes. I spørsmålet om hva som kan avtales med kommunene setter korrupsjons- og påvirkningshandelsreglene i straffelovens §§ 276 a, 276 b og 276 c grenser for ytelser til kommune eller kommunens ansatte/politikere. Vi nevner kort at brudd på disse straffebudene kan gi inntil tre års fengsel ved grove brudd.

2.9.1 Korrupsjon, straffeloven §§ 276 a, 276 b

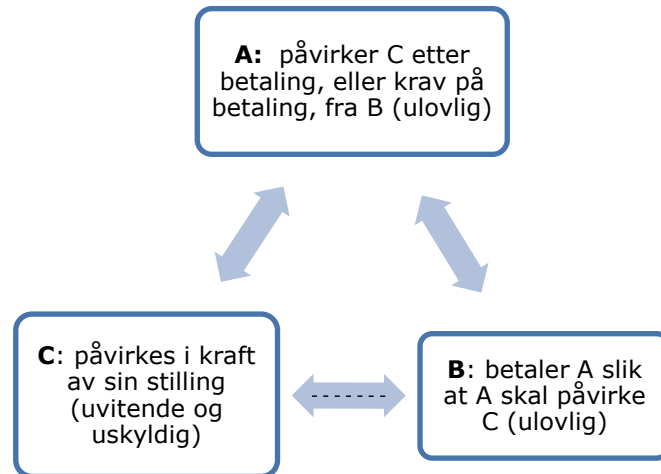
Korrupsjon er situasjonen hvor noen i anledning av sin stilling/verv/posisjon/oppdrag mottar en *utilbørlig fordel*. Det er ikke et krav at ytelsen er "øremerket" påvirkning for å oppnå ett konkret resultat eller én bestemt handling, men dette vil være sentralt i vurderingen av hva som er "utilbørlig". Straffeloven skiller mellom aktiv og passiv korrupsjon. I passiv korrupsjon er mottaker gjerningsmann, og i aktiv korrupsjon er den ytende part gjerningsmann. Straffebudene rammer begge sider av en slik ytelse, uavhengig av hvem som har krevet den eller om den uoppfordret er sendt til en person.

En fordel er som oftest en fordel i form av penger, men dette kan også være tjenester eller andre ytelser. Eksempler på ytelser som kan innebære korrupsjon kan være opplevelsesreiser, særlig dyre middager osv.

Å gi noen en fordel trenger selvfølgelig ikke å være korrupsjon. Det må være snakk om en såkalt *utilbørlig* fordel for at det skal kunne regnes som korrupsjon. Hva som er en utilbørlig fordel vil avhenge av ulike momenter. De sentrale vurderingsmomentene er ytelsens verdi, formålet med ytelsen, hvorvidt det foreligger åpenhet rundt ytelsen og hva som er vanlig praksis i bransjen.

2.9.2 Påvirkningshandel, straffeloven § 276 c

Påvirkningshandel, straffelovens § 276 c, straffelegger i utgangspunktet deltakelse i et trepartsforhold hvor den straffbare handlingen enten er å betale noen for å påvirke en tredjeparts utførelse av sin stilling/verv/oppdrag, eller å kreve betalt for å påvirke en tredjepart. Dette forholdet kan illustreres slik:



Påvirkningshandel innebærer skjult påvirkning av en part i kraft av dennes stilling. Her er det igjen en utilbørlighetsvurdering. En lobbyist er per definisjon en påvirkningsagent (person A i figuren), men så fremt det foreligger åpenhet om dette så vil ikke det være en utilbørlig påvirkning. Derimot kan det være ulovlig å overtale en saksbehandler til å overtale utvalgsleder til å fatte et gitt vedtak, eller for eksempel å betale en journalist for å spesifikt skrive artikler til støtte for utbyggingen.

3 HVILKE UTGIFTER KAN EN UTBYGGER FÅ FRADRAG FOR ETTER SKATTELOVEN?

Forskjellige former for tilskudd, utbetalinger, kompensasjoner og avtaler i forbindelse med utbygging av vannkraft kan reise spørsmål om utbetalingene er skattemessig fradragsberettiget for utbygger.

I henhold til hovedregelen i skatteloven § 6-1 (1) gis det "*fradrag for kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt.*" Dette innebærer at kostnader som har til formål å erverve fremtidige inntekter, er fradragsberettiget. Dette inkluderer en del særskatter, så som eiendomsskatt.

Motstykket til slike kostnader, er de rene gavene. Gaver karakteriseres ved en ensidig verdiverføring uten motytelse, og hovedregelen er at gaver *ikke* er fradragsberettiget.

Hva gjelder tilskudd/betaling uten motytelse, blir spørsmålet videre om mottager har krav på ytelsen (eksempelvis i form av erstatning til grunneiere, naboer og andre berørte parter). Når det gjelder ytelser til kommuner (eller andre offentlige organer) blir spørsmålet i tillegg om de har hjemmel til å kreve ytelsen, eventuelt om kommunen har hjemmel til å pålegge utbygger en tilsvarende kostnad for det tilfelle at man ikke skulle komme frem til en frivillig avtale.

Skattemyndighetene har vært restriktive med å innrømme fradragsrett i de tilfeller hvor offentlige myndigheter ikke hadde adgang til å pålegge ytelsen for det tilfelle at frivillig overenskomst ikke ble oppnådd.

I denne veilederen tar vi ikke stilling til hvorvidt utbygger kan fradragsføre eventuelle kostnader direkte eller om de må aktiveres og deretter eventuelt komme til fradrag gjennom avskrivninger. For enkelhets skyld omtaler vi derfor fradragsrett/aktiveringsplikt i det følgende samlet som "*fradragsrett*".

Kort oppsummert gis det fradrag for:

- Utgifter til ervervelse av inntekt som for eksempel utbyggingskostnader og søkekostnader
- Utgifter som er pålagt av offentlig myndighet

Det gis ikke fradrag for:

- Gaver
- Utgifter som *ikke* kan pålegges av offentlig myndighet men som likevel utbetales til offentlige myndigheter

4 AVTALE MED KOMMUNENE OM VILKÅR/PREMISSER FOR KRAFTUTBYGGING

4.1 Bakgrunn – generelt

Kommunen er som nevnt ovenfor ikke konsesjonsmyndighet i saker om vannkraftutbygging. Konsesjonene til anlegg, erverv og regulering gis av NVE eller OED.

Kommunen har derimot en sentral rolle som høringsinstans i søknadsprosessene frem mot eventuelle konsesjoner, og det er i disse prosessene vanlig at kommunene har innsigelser og bemerkninger til søknaden, og krever at konsesjonsmyndigheten pålegger konsesjonæren ulike vilkår og betingelser for å få konsesjon.

I flere tilfeller er det fremmet krav eller uttrykt ønske fra kommunene om å regulere ulike sider ved kraftutbyggingen.

Sentrale spørsmål i forbindelse med slike avtaler er blant annet:

- Kan kommunene kreve at det skal inngås slik avtale? (se pkt 4.2)
- Har kommunene adgang til å binde sin offentligrettslige myndighet? (se pkt 4.4)
- Hva kan det inngås avtale om? (se pkt 4.5)
- Hvordan bør saksbehandlingen ved inngåelse av slike avtaler være? (se pkt 4.7)
- Gis det skattefradrag for kraftutbyggers ytelser til kommunen? (se pkt 4.9)

4.2 Kan kommunene kreve at det inngås avtale om utbygging?

Adgangen for kommuner og kraftutbyggere til å inngå avtaler om avbøtende tiltak mv ved kraftutbygging er ikke særskilt regulert. Annerledes er saken der hvor det inngås såkalte utbyggingsavtaler som reguleres av plan- og bygningsloven, se punkt 2.6.6.

Utgangspunktet er avtalefrihet og dermed adgang til å inngå avtaler med hvem man vil og om hva man vil.

For kommunale og andre offentlige myndigheter gjelder det imidlertid generelle krav til god forvaltningsskikk og forbud mot myndighetsmisbruk som begrenser handlefriheten.

Energi- og vassdragslovgivningens system er at kommunene ikke skal ha noen annen rolle enn som høringsinstans med ansvar for å målbringe kommunens syn på utbyggingen og gi innspill om konsekvenser og behov for eventuelle tiltak.

Verken energiloven, vannressursloven eller vassdragsreguleringsloven har bestemmelser som gjør avtaleinngåelse med kommunen til noe ledd i konsesjonsbehandlingen.

Etter vår vurdering har ikke en kommune noe rettslig grunnlag for å kreve at det skal inngås avtale med kommunen om tiltak, ytelser og konsekvenser ved kraftutbygging. Det rettslige utgangspunktet er som nevnt at vilkår, tiltak mv skal fastsettes av konsesjonsmyndigheten ved konsesjonstildeling.

4.3 Krav om forhåndsavtale kan ikke brukes som pressmiddel

Dersom en kommune gir uttrykk for at den ikke vil kunne støtte en utbygging eller dersom kommunen uttrykker at den vil komme til enten å unnlate å avgi høringsuttalelse, eller vil avgi en negativ høringsuttalelse dersom det ikke inngås en forhåndsavtale som regulerer avbøtende tiltak/ytelser overfor kommunen, vil dette etter vår vurdering være i strid med god forvaltningskikk og kunne innebære ulovlig myndighetsmisbruk.

Dersom det ikke inngås en avtale med kommunen, må kommunen behandle forespørsel om høringsuttalelsen på vanlig måte. Kommunen har ikke adgang til å ta utenforliggende hensyn for eksempel med bakgrunn i at det ikke ble inngått en ønsket avtale.

Konklusjon:

Kommunen kan ikke kreve at utbygger må inngå avtale om kraftutbygging med kommunen

4.4 Forhåndsbinding av offentlig myndighet

Et særlig spørsmål i forbindelse med inngåelse av slike avtaler er om avtalene kan inneholde bestemmelser om motytelser fra kommunen som innebærer at kommunen forhånds binder sin offentlige myndighet.

Et eksempel på slik forhåndsbinding vil være dersom en kommune som motytelse for ulike avbøtende tiltak forplikter seg til å avgi en positiv høringsuttalelse til støtte for utbyggingsprosjektet.

Hvorvidt og i hvilken utstrekning det *generelt* er adgang til å binde opp offentlig myndighet gjennom avtaler – typisk ved å gi forhåndstilsagn om hvilke vedtak man vil treffe – er omstridt og spørsmålet er ikke særskilt regulert.

Høyesterett har imidlertid slått fast at det forvaltningsrettslig vil være adgang til dette "*i atskillig utstrekning*" dersom "*det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål*", jf Rt 1992 s 1235.

Slik vi ser det er det høyst tvilsomt om det kan anses *nødvendig eller ønskelig* å inngå avtaler som binder opp kommunens kompetanse til å avgi høringsuttalelser. Systemet etter både energiloven og vannressursloven/vassdragsreguleringsloven, er at kommunene som høringsinstans skal bidra med å etablere et godt beslutningsgrunnlag, mens det er NVE/OED som konsesjonsmyndighet som skal treffe avgjørelser om konsesjon og eventuelle vilkår/avbøtende tiltak.

Dersom kommunen forhåndsbinder seg til et bestemt syn på prosjektet vil dette kunne ha som konsekvens at saken ikke blir tilstrekkelig opplyst fordi kommunens uttalelse vil kunne være farget og ikke inneholde relevante motforestillinger.

I lys av ovenstående bør det klare utgangspunktet være at avtaler med kommuner inngått i forbindelse med konsesjonsbehandling av utbyggingsprosjekter ikke bør gå ut på at kommunen skal binde seg til å aktivt støtte et prosjekt eller til å skulle avgi en positiv høringsuttalelse.

Årsaken til at slike avtaler bør unngås er at man fra for eksempel konkurrerende utbyggere som har søkt om konsesjon for tilsvarende tiltak, vil kunne bli møtt med påstand om at det er tatt utenforliggende hensyn eller foreligger usaklig forskjellsbehandling dersom NVE har lagt vekt på en positiv uttalelse fra en kommune, som igjen skyldes at kommunen har forpliktet seg til å avgi en slik uttalelse i avtale med utbygger.

Dersom det er tatt utenforliggende hensyn eller dersom det foreligger usaklig forskjellsbehandling, vil dette igjen kunne ha som konsekvens at vedtak om konsesjon må anses ugyldig. Uavhengig av eventuell ugyldighet vil denne typen tvil om aktuelle vedtak fort kunne forsinke konsesjonsprosessen betydelig.

4.5 Innholdet i avtale mellom kraftutbygger og kommune – utbyggers forpliktelser

Selv om det er begrensninger i kommunens adgang til å binde sin myndighetsutøvelse, vil det i mange tilfeller likevel kunne være aktuelt å inngå avtaler med vertskommunen(e). Avtalene vil da i første rekke gjelde hvilke tiltak kraftutbygger vil iverksette dersom det gis konsesjon til tiltaket.

Problemstillingen i den forbindelse er *hva* en slik avtale kan gå ut på eller hvilke ytelser det kan avtales at kraftutbygger skal yte til kommunen.

Som nevnt ovenfor er spørsmålet verken direkte regulert i det energirettslige regelverket eller i forvaltningsloven/plan- og bygningsloven.

De overordnede normer som legger begrensninger og føringer på hva man lovlig kan avtale, følger her av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper samt bestemmelser om forbud mot korrupsjon/påvirkningshandel.

For plan- og bygningslovens vedkommende er det som gjennomgått ovenfor i punkt 2.6.6 gitt særlige regler om utbyggingsavtaler som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet. Plan- og bygningsloven inneholder også bestemmelser om hva utbyggere kan påta seg av i forpliktelser i slike avtaler.

Selv om en avtale som ikke har sammenheng med kommunens rolle som planmyndighet ikke direkte reguleres av plan- og bygningslovens regler, kan det likevel være nærliggende å se hen til disse bestemmelsene, idet de i betydelig utstrekning kan anses som utslag av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

Plan- og bygningsloven § 17-3 fastslår at tiltak som utbygger påtar seg helt eller delvis å bekoste må:

- være *"nødvendig for gjennomføring av planvedtak"*
- stå i *"rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen"*

- bare belaste utbygger med kostnader som står "i forhold til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen"

Overført til avtaler med kommuner i forbindelse med konsesjonsbehandling av vannkraftutbygginger, må det kunne kreves at de ytelser og vilkår som avtales har saklig sammenheng med faktiske konkrete ulemper som kommunen påføres ved tiltaket. Slik vi ser det bør man også ha som rettesnor at tiltakene som man avtaler som hovedregel bør ligge innenfor rammen av hva som vil kunne bli pålagt av byrder/vilkår ved selve konsesjonstildelingen, jf for eksempel vassdragsreguleringsloven § 12 og vannressursloven § 26. Dersom ytelser utover dette skal være aktuelt må det foreligge særlige forhold i den konkrete sak som begrunner tiltaket og gjør dette rimelig.

Den faktiske situasjonen er at NVE i betydelig grad vektlegger vertskommunenes holdning til tiltaket ved vurdering av ulike konsesjonssøknader. Utbyggers behov for kommunal støtte til tiltaket gir dermed kommunene en innfallsport til å kunne oppstille omfattende og betydelige krav til utbyggerne.

Ytelser eller tiltak som går utover rammen av hva som vil kunne fastsettes ved konsesjonstildeling vil etter vår vurdering kunne være problematisk både for kommunen og for utbygger:

- Dersom kommunene krever mer enn hva de ville kunne oppnådd ved ordinær konsesjonsbehandling (for eksempel et betydelig næringsfond) vil dette kunne være i strid med god forvaltningsskikk og det vil kunne innebære myndighetsmisbruk fra kommunens side.
- Dersom utbygger tilbyr (enten frivillig eller etter press) ytelser utover hva ordinær konsesjonsbehandling kunne ha resultert i, vil et eventuelt positivt konsesjonsvedtak fra NVE/OED som vektlegger kommunal støtte kunne bli ansett ugyldig som følge av at det er tatt utenforliggende hensyn/foreligger forskjellsbehandling. Dette vil særlig være aktuelt dersom det er andre konkurrenter som har konkurrerende utbyggingsplaner/konsesjonssøknader.
- Tiltak/ytelser som går utover hva som pålegges ved konsesjonstildeling gir i utgangspunktet ikke skattemessig fradragsrett (se punkt 4.9)

Hvilke konsekvenser det vil kunne ha dersom noen aksepterer å inngå avtale om generelle økonomiske ytelser til kommunene, mens andre utbyggere ikke gjør dette, kan illustreres av følgende eksempel vedrørende to ellers helt sammenlignbare prosjekter:



Utbygger A - inngår avtale om 10 mill næringsfond – positiv kommune - konsesjon



Utbygger B – aksepterer ikke avtale om næringsfond – negativ kommune – ikke konsesjon

I et tilfelle som skissert ovenfor er det etter vår vurdering en betydelig fare for at konsesjonsvedtaket (**utbygger A**) vil kunne bli kjent ugyldig på grunn av utenforliggende hensyn eller usaklig

forskjellsbehandling dersom utbyggingstiltakene er tilsvarende og dersom NVE/OED har vektlagt kommunens positive holdning/positiv høringsuttalelse i konsesjonsvedtaket.

4.6 Nærmere om enkelte typer ytelser/tiltak

Vi vil nedenfor kommentere ulike tiltak/vilkår som det vil kunne bli snakk om i en eventuell forhandlingssituasjon med vertskommunen:

(i) Konkrete avbøtende tiltak

Etter vår vurdering vil avtaler om konkrete avbøtende tiltak som har til formål å minske miljøpåvirkning av utbyggingen eller avbøte konkrete skader/ulempes som voldes ved utbyggingen være blant den type tiltak som kan reguleres nærmere i en avtale mellom utbygger og kommunen.

Eksempelvis er vår vurdering at det må kunne avtales at utbyggingen skal unngå å skade bestemte områder og at utbygger for eksempel skal bygge terskler, foreta biotopjusterende tiltak, elvekorreksjoner og opprensninger for å redusere skadevirkninger. Det må også kunne være akseptabelt å foreta andre tiltak for opphjelp av fiske mv.

Hvilke avbøtende tiltak som kan avtales i det enkelte tilfelle, vil avhenge av hvilke ulemper den aktuelle utbyggingen vil medføre. Det er derfor viktig at man i de tilfeller hvor man inngår avtale om ytelser som ikke har en åpenbar saklig sammenheng med tiltaket, gir en nærmere begrunnelse for hvorfor ytelsen har en slik saklig sammenheng og på hvilken måte tiltaket kan sies å avbøte ulemper som følger av tiltaket.

Som nevnt ovenfor under punkt 2.6.4 skal avbøtende tiltak i størst mulig grad nevnes allerede i forbindelse med konsekvensutredning av tiltaket. NVEs veileder om konsesjonsbehandling av vannkraftsaker behandler spørsmålet om avbøtende tiltak og hvordan disse skal presenteres i forbindelse med konsekvensutredning og konsesjonssøknad. Slik vi ser det må det i betydelig grad være adgang til å avtaleregulere det nærmere innholdet i de konkrete avbøtende tiltak som vil bli gjennomført ved en eventuell utbygging. De aktuelle tiltak som NVE trekker frem som relevante i en konsekvensutredningsrunde vil dermed også være aktuelle tiltak som kan reguleres nærmere i avtale mellom utbygger og kommune – forutsatt at avtaleinngåelsen er frivillig og skjer i en åpen prosess (se punkt 4.2).

I forbindelse med konsekvensutredning opererer NVE i sin veileder om konsesjonsbehandling av vannkraftsaker med to kategorier av avbøtende tiltak: For det første tiltak som skal gjennomføres i forbindelse med selve anleggs- og driftsfasen og for det andre tiltak som ikke er tatt inn i planen i utgangspunktet men som skal vurderes nærmere gjennom høringsfase og sluttbehandling av konsesjonssøknad.

NVE uttaler også at avbøtende tiltak kan være aktuelle innenfor alle fagområder som blir berørt (hydrologi, erosjon, naturmangfold, kulturminner, forurensning mv). Videre fremholdes det at avbøtende tiltak kan gjennomføres både innenfor området som blir direkte berørt av tiltaket og ellers utenfor direkte berørt område, men "innenfor influensområdet til tiltaket".⁵

(ii) Kostnader i forbindelse med regulering av område

Slik vi ser det må det i utgangspunktet anses akseptabelt å avtale at utbygger skal dekke kommunens kostnader i forbindelse med ny reguleringsplan (dersom utbyggingsområdet ikke er regulert), og

⁵ Veileder 3/2010 side 59

dispensasjon fra eksisterende arealplan dersom dette er nødvendig som følge av utbyggingstiltaket (se ovenfor under punkt 2.6).

Det følger av plan- og bygningsloven § 33-1 at kommunen ved forskrift kan fastsette gebyr for behandling av søknader om deling, tillatelse, utferdigelse av attester og for andre arbeid som det etter plan- og bygningsloven eller tilhørende forskrifter påhviler kommunen å utføre.

Det fremgår eksplisitt av annet punktum i § 33-1 at gebyr "skal ikke overstige kommunens nødvendige kostnader på sektoren". I forarbeidene presiseres det uttrykkelig at "*selvkost er den høyeste pris kommunen kan beregne seg for en tjeneste*".⁶

Selvkost danner dermed taket for hva utbyggere kan akseptere av kostnadsdekning. Utbyggere bør dermed ikke inngå avtaler med kommuner om dekning av saksomkostningsutgifter som overstiger kommunens reelle kostnader. Slik vi vurderer det vil slik "overbetaling" være enda mer problematisk enn generell økonomisk støtte idet en fremstilling av betalingen som kostnadsdekning innebærer at realiteten i transaksjonene holdes skjult. Kamouflerte tilskudd i form av overkompensasjon for saksbehandlingsutgifter vil derfor lett kunne gi grunnlag for spørsmål ved kommunens habilitet, og det vil i ytterste konsekvens kunne anses som ulovlig korrupsjon.

(iii) Vedlikehold og istandsettelse av infrastruktur

Dersom en vannkraftutbygging gjør at infrastruktur må utbedres eller endres i forbindelse med utbyggingen, er dette kostnader som kommunen og utbygger etter vår oppfatning kan avtale at skal dekkes av utbygger.

Slik vi ser det er det her snakk om utgifter som står i nær saklig sammenheng med tiltaket, og ordinære avbøtende tiltak må også i utgangspunktet anses for å stå i et rimelig forhold til tiltaket.

(iv) Næringsfond

Etter vår vurdering er det generelt betenkelig å inngå avtaler om at utbygger skal stille til disposisjon penger til kommunale næringsfond eller tilsvarende dersom dette avtales for å sikre kommunal støtte til utbyggingsprosjektet.

Dette gjelder etter vår vurdering både dersom avtalen fastslår at kommunen skal stille seg positiv til tiltaket og dersom kommunen etter avtalen stilles fritt.

Vilkår om næringsfond settes kun som konsesjonsvilkår i særlige tilfeller, og aksept av krav fra kommunen om næringsfond vil dermed lett kunne medføre at det gis ytelser utover rammen av hva som kunne vært satt som konsesjonsvilkår.

Det skal også mye til før behov for næringsfond kan sies å være direkte foranlediget av utbyggingen. Ikke minst vil riktig størrelse på et eventuelt næringsfond for å kompensere ulemper knyttet til utbyggingen lett skape tvil.

Forhåndsavtale med kommune om opprettelse av næringsfond vil derfor kunne gi grunnlag for spørsmål ved kommunens nøytralitet ved avgivelse av høringsuttalelse – og dermed vil det også igjen kunne reises spørsmål ved gyldigheten av NVE/OEDs vedtak, dersom kommunens vurdering er tillagt vekt ved konsesjonstildelingen.

⁶ Ot prp nr 45 (2007-2008) side 358-359

Rene økonomiske ytelser er videre den type ytelse som lettest vil kunne være betenkelig i forhold til forbud mot korrupsjon og påvirkningshandel, se punkt 2.9.

Videre vil et næringsfond eller tilsvarende som kun er fastsatt i avtale mellom utbygger og en kommune, i utgangspunktet ikke gi grunnlag for skattemessig fradrag, se punkt 4.9.

Vår anbefaling er derfor at man bør avstå fra å inngå avtaler med vertskommunen i forkant av konsesjonsbehandlingen om at utbygger skal stille til rådighet midler til generelle næringsfond eller tilsvarende dersom det blir gitt konsesjon.

(v) Avhjelp av andre samfunnsmessige kostnader

Etter vår vurdering må det antas at det i avtale med en vertskommune lovlig vil kunne avtales at utbygger skal yte et bidrag for å dekke andre spesifikke samfunnsmessige kostnader som følge av tiltaket.

Kravet om saklig sammenheng setter imidlertid klare begrensninger for hvilke type tiltak som kan bekostes. Eksempelvis må det antakelig kunne aksepteres tilskudd til opparbeidelse eller forbedring av alternative rekreasjonsområder dersom utbyggingen båndlegger arealer, andre tilskudd til friluftaktiviteter, opphjør av fiskemuligheter som kompensasjon for naturinngrep mv, så lenge tiltakene har en konkret sammenheng med skader/ulempes som forårsakes av de aktuelle utbyggingsplanene.

Rent generelle velferds- eller trivselsskapende tilbud uten tilknytning til den aktuelle utbyggingen, som for eksempel bidrag til kulturhus, faller etter vår oppfatning utenfor tiltak som bør aksepteres.

4.7 Saksbehandling

Forvaltningsrettslige prinsipper som krav til saklighet, forsvarlig behandling, medvirkning og offentlighet må hensyntas i forhandlinger med vertskommuner i forbindelse med kraftutbyggingsprosjekter. En prosess som er åpen og transparent vil bidra til å hindre tvil om avtalens lovlighet og spørsmål om forskjellsbehandling i ettertid.

Ved inngåelse av avtale, vil det etter vår vurdering kunne være hensiktsmessig å se hen til saksbehandlingsreglene for utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven § 17-4.

Saksbehandlingsreglene for en utbyggingsavtale etter plan- og bygningsloven innebærer en plikt for kommunen til å kunngjøre både at det gjennomføres forhandlinger og den ferdige avtalen. For avtaler om vilkår/ytelser ved kraftutbygging, kan det ikke stilles noe generelt krav om kunngjøring, men det bør uansett gjennomføres en prosess hvor hensynet til offentlighet ivaretas.

For at kommunen skal anses som bundet av avtalen må også de riktige organene (kommunestyret) gi sin tilslutning til avtalen.

4.8 Konsekvenser for konsesjonsprosessen

Inngåelse av avtale som regulerer hvilke ytelser utbygger skal gi og hvilke konsekvenser tiltaket skal ha for kommunen, vil ikke i seg selv være noen garanti for at det gis konsesjon eller ikke stilles tyngende vilkår ved konsesjonstildeling.

Det er som nevnt NVE/OED som er konsesjonsmyndighet og kommunens formelle roller er kun å gi innspill om kommunens syn på saken. NVE/OED vil ha mulighet til å stille både mildere og strengere vilkår enn hva som er avtalt mellom utbygger og kommunen.

I og med at konsesjonsmyndigheten fortsatt vil stå fritt ved fastsettelse av konsesjonsvilkår til tross for at utbygger og kommunen har inngått avtale om ytelser, vil man kunne risikere totalt sett å bli pålagt større byrder og kostnader ved å inngå en forhåndsavtale med kommunen.

Denne risikoen begrenses imidlertid av at konsesjonsmyndigheten må vurdere de samlede samfunnsøkonomiske aspektene ved utbyggingen, hvor også vilkårene i avtalen med kommunen vil måtte inngå i vurderingen.



I alle avtaler om ytelser til kommunen bør det stilles som vilkår for utbetaling/gjennomføring av tiltak at utbygger får konsesjon for utbyggingen.

4.9 Skattefradrag for ytelser etter en slik avtale?

Ytelser for å sikre inntekt er i utgangspunktet fradragsberettiget etter skatteloven, jf punkt 3. Det er som nevnt begrensninger med hensyn til hva det kan kreves fradrag for. Utgangspunktet er at det kan kreves fradrag for ytelser hvor motparten har krav på godtgjørelse.

Det kan med andre ord kreves fradrag for ytelser til en offentlig myndighet i den grad kommunen har krav på ytelsen, og har offentligrettslig hjemmel til å betinge den dersom man ikke kommer frem til en frivillig avtale.

Som nevnt har skattemyndighetene vært restriktive med å gi fradragsrett for de tilfellene hvor myndighetene ikke har kunnet pålegge utbygger disse kostnadene uavhengig av avtale.

De ytelser det her er snakk om, vil være ytelser som en kommune ikke kan pålegge en utbygger. Indirekte kan de oppfordre konsesjonsmyndighetene til å pålegge vilkår, men kommunen som myndighet kan ikke pålegge det.

Vår vurdering er derfor at det er en betydelig risiko for at det ikke vil bli gitt fradrag for ytelser om "konsesjonsvilkår" etter avtale med kommune. Situasjonen vil selvsagt være annerledes dersom de samme ytelser senere blir oppstilt som konsesjonsvilkår i konsesjonsvedtaket.



Spørsmålet om fradragsrett kan hensyntas i avtale med kommune for eksempel gjennom følgende bestemmelse:

"Det forutsettes at utbygger får skattemessig fradrag for utbetalingene til Kommunen og Partene er enige om at det i den grad dette skulle vise seg ikke å være tilfelle, skal ytelsene til Kommunen nedjusteres med den alminnelige selskapsskattesatsen, pt 28 % "

4.10 Særlig om korrupsjon og påvirkningshandel

Reglene om korrupsjon og påvirkningshandel er gjennomgått ovenfor under punkt 2.9. Det er ofte i forhandlingssituasjonen med kommunen at det kan bli spørsmål om utbyggers handlinger er over den strafferettslige grensen. Korrupsjon innebærer handlinger som er klart klanderverdige, slik at det skal noe til for å krysse grensen for hva som er korrupsjon eller ulovlig påvirkningshandel.

Det som helt klart er korrupsjon, er dersom utbygger gir en person i kommunen, ansatt eller politiker, penger eller økonomiske fordeler for å fatte vedtak om en positiv høringsuttalelse, eller for å være positive til inngåelse av en avtale.

Bruk av lobbyister eller andre som er betalt for å påvirke kommunen kan nærme seg grensen for påvirkningshandel etter straffeloven § 276 c. Det er ikke ulovlig å bruke lobbyister for å selge inn budskapet til offentlig myndighet. Vår anbefaling er likevel at man er åpen om sine medhjelpere og ikke forsøker å skjule eller tåkelegge forbindelsen til utbygger.

Til slutt kan det nevnes at det er ikke er nødvendig at en handling er straffbar før den er kritikkverdig og kan føre til negativ omtale og tap av goodwill for utbygger.

Vår konklusjon er derfor å praktisere størst mulig grad av åpenhet om avtaler og ytelser til offentlig myndighet, og være kritisk til avtaler og ytelser som kommunen ikke vil offentliggjøre.

4.11 Oppsummering

- Det er mulig å inngå avtale med kommunen om tiltak/ytelser i forbindelse med kraftutbygging.
- Avtalte ytelser må stå i saklig sammenheng med tiltaket og de eventuelle negative konsekvenser tiltaket måtte ha.
- Ytelser til kommunene bør som hovedregel ikke overstige eller gå utover det som ville ha kunnet bli fastsatt gjennom konsesjonstildelingen.
- Det bør være åpenhet rundt forhandlinger/avtaler med kommunene.
- At utbygger oppnår konsesjon bør være et vilkår for oppfyllelse/utbetaling av alle goder som er avtalt i avtaler med vertskommuner.

5 AVTALER MED KOMMUNEN SOM PRIVAT PART

5.1 Bakgrunn

Det er ikke uvanlig at det vil være aktuelt å inngå avtaler med en kommune på privatrettslig basis, enten fordi kommunen er grunneier eller fordi kommunen på linje med andre private parter er berørt av utbyggingen. Videre vil det kunne være aktuelt å kjøpe enkelte tjenester fra kommunen eller det kommunale e-verket, leie lokaler eller lignende.

I den forbindelse er det viktig at alle slike avtaler inngås på markedsmessige vilkår, slik at det ikke kan hevdes at dette er indirekte og skjulte tilskudd til kommunen med formål å oppnå uberettigede fordeler. I den grad reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på den aktuelle anskaffelsen, er det også viktig at disse etterleves.

Hva gjelder kommunens nærmere saksbehandling av slike avtaler, vil det etter vår vurdering i stor grad bero på vederlagets størrelse. Mindre ytelser kan kommunen behandle basert på sin ordinære fullmaktsstruktur. Dersom det på den annen side dreier seg om beløp av en størrelse som vil kunne ha betydning for kommunens vurdering av vannkraftprosjektet, er vi av den oppfatning at det bør være tilstrekkelig åpenhet og offentlighet rundt dette, slik at det ikke fremstår som om kommunen har skjulte økonomiske interesser i vannkraftprosjektet.

Et annet viktig poeng, er at det nødvendigvis heller ikke er kurant å motta ytelser fra kommunen til lavere pris enn markedspris, da dette vil kunne være i strid med statsstøttereglene, samtidig som det kan fremstå som om kommunen i realiteten har uttrykt en holdning til prosjektet. Særlig i kommuner

hvor flere aktører arbeider med potensielle prosjekter, vil det være viktig at kommunen ikke opptrer slik at det kan hevdes at den prefererer eller tilgodeser bare enkelte av de aktuelle aktørene.

5.2 Oppsummering

- Dersom utbygger skal inngå privatrettslige avtaler med utbygger, må dette skje på markedsmessige vilkår.
- Er ytelsen av en viss størrelse kan det være hensiktsmessig med offentlighet om avtalen slik at det ikke kan se ut som kommunen har skjulte økonomiske interesser i utbyggingen.

6 TILSKUDD TIL ANDRE

6.1 Tilskudd til allmennheten

Tilskudd til allmennheten eller tiltak som kommer alle (eller de fleste) i et område til gode, så som tilskudd til forsamlingshus, idrettshaller, veier osv, kan gjennomføres på mange måter og lovverket oppstiller ikke noe generelt forbud mot å gi slike tilskudd.

Det må imidlertid trekkes en grense mot tilskudd som i realiteten kommer den berørte kommunen til gode, enten gjennom direkte overføringer eller fordi det aktuelle tilskuddet gjelder forhold innenfor kommunens lovpålagte oppgaver eller fordi det faller innenfor kommunens alminnelige virksomhet (slik at tilskuddet i realiteten enten kommer kommunen direkte til gode eller indirekte gjennom reduksjon av kommunens kostnader).

Dersom utbygger etablerer en egen tilskuddsordning og selv administrerer denne, det vil si mottar søknader og behandler/fatter avgjørelse om hvem som skal motta tilskudd, vil vi anse en slik ordning for uproblematisk.

Etter vår vurdering, er det imidlertid neppe noe i veien for at administrasjonen av en tilskuddsordning settes bort til kommunen, og at det er kommunen som da avgjør hvilke formål som utbygger skal støtte. På denne måten forholder man seg til kommunen mer som representant for allmennheten enn som offentlig myndighet. Man risikerer likevel at det blir stilt spørsmål ved kommunens rolle i forhold til en eventuell konsesjonsprosess. Det er derfor viktig at tilskuddsordningen (og kommunens rolle) håndteres med full åpenhet allerede fra starten av, slik at det ikke kan hevdes at dette er et forhold som har vært relevant for kommunens myndighetsutøvelse, men som har vært holdt skjult for allmennheten.

Utbygger vil normalt ikke være forpliktet til slike tilskudd/tilskuddsordninger og de vil således skattemessig bare være fradragsberettiget i den grad de genererer goodwill lokalt, dog innenfor rimelighetens grenser.

6.2 Tilskudd til enkeltaktører/grupper

6.2.1 Tilskudd til konkrete prosjekter/enkeltstående aktører

Utbygger kan gi enkeltstående tilskudd til konkrete prosjekter eller enkeltaktører, næringsforeninger osv uten at dette inngår i en mer generell tilskuddsordning rettet mot allmennheten. Vi oppfatter slike tilskudd som uproblematisk, med mindre de kan støte an mot reglene om statsstøtte.

Dersom slike tilskudd gis til den berørte kommunen, vil imidlertid også dette måtte vurderes opp mot reglene om de forvaltningsrettslige grunnprinsipper og muligheten til å gi gaver, jf punkt 6.1 ovenfor.

Utbygger vil sjelden være forpliktet til å yte slike tilskudd og skattemessig vil de derfor bare være fradragsberettiget i den grad de genererer goodwill lokalt (og ikke bare hos tilskuddsmottaker), dog innenfor rimelighetens grenser.

6.2.2 Tilskudd til lokal kompetanseoppbygging

Det er ikke uvanlig at næringslivet støtter opprettelsen av forskningsentre/-prosjekter, forskningsstillinger osv for å bidra til et forskningsmiljø for sin næring. Slik støtte vil i tillegg kunne bidra til aktivitet og arbeidsplasser i lokalmiljøet, og vil dermed kunne ha en ytterligere positiv effekt i form av økt lokal oppslutning.

Så fremt slike tilskudd tilfaller aktører som er uavhengig av kommune/fylkeskommune, må slike tilskudd etter vår vurdering være uproblematiske.

Skattemessig vil slike tilskudd være fradragsberettiget i den grad slike tilskudd bidrar til goodwill, forutsatt at man holder seg innenfor rimelighetens grenser, eventuelt at utbygger på annen måte får noe igjen for kompetanseoppbyggingen (for eksempel lokal arbeidskraft som er til nytte for prosjektet).

6.2.3 Tilskudd til forskning osv

Dette vil ofte gi utbygger tilgang til viktig forskningsmateriale samtidig som det generer goodwill – kanskje både lokalt, regionalt og nasjonalt. Slike tilskudd vil derfor etter vår vurdering være uproblematiske og normalt fradragsberettiget.

6.2.4 Sponsing/reklame

Tradisjonell sponsing (gaver)/kjøp av reklameplass av fra lokale bedrifter, idrettslag osv må antas uproblematiske i forhold til forvaltningsrettslige regler.

Slik sponsing/gaver, kjøp av reklameplass osv vil være fradragsberettiget i den grad de bidrar til goodwill eller gir reklameverdi for utbygger. All den tid det er viktig med lokal oppslutning om slike prosjekter, vil dette innenfor rimelig grenser etter vår vurdering derfor være fradragsberettiget.

6.2.5 Erstatninger/avbøtende tiltak

Erstatning for skader som vannkraftutbyggingen påfører omgivelsene og tilskudd til avbøtende tiltak for å kompensere for skadevirkningene, vil normalt være uproblematiske dersom dette ligger innenfor hva utbygger er pliktig til å betale. Dette vil ikke være det samme som avbøting av skadevirkninger som er regulert i konsesjonsvilkår.

Slike utbetalinger vil i så fall også være fradragsberettiget. Dersom mottageren ikke har privatrettslig krav på dette, vil det i utgangspunktet ikke være fradragsberettiget.

Det kan imidlertid tenkes at det er uklart hvor langt utbyggers erstatningsansvar rent juridisk strekker seg, men at utbygger i stedet for å ta opp kampen, velger å dekke kostnader/tiltak som ligger i gråsonen, muligens også for å få goodwill i lokalmiljøet. Etter vår vurdering må også dette være fradragsberettiget, forutsatt at det utvises et rimelig skjønn.

6.2.6 Risikoinvesteringer/utlån

Direkte tilskudd til lokal næringsvirksomhet – utover sponsing osv – vil kunne være problematisk i forhold til statsstøttereglene, jf punkt 2.8 ovenfor.

Dersom utbygger ønsker å oppnå goodwill i lokalsamfunnet, er det imidlertid mulig å etablere et selskap (fond) som investerer risikokapital i lokal næringsvirksomhet og som er villig til å ta forholdsvis høy risiko på investeringene (såkorn-kapital, venture-kapital osv). Dette kan skje både ved direkte investeringer eller såkalte konvertible lån (lån som kan konverteres til aksjekapital på et senere tidspunkt). Det vil også kunne være mulig å invitere kommunen med til å delta i utvelgelsen av mulige investeringsobjekter.

Et slikt fond kan i prinsippet også drive med høyrisikoutlån. Dersom dette settes i system vil det imidlertid forholdsvis raskt falle inn under finansieringsvirksomhetsloven, noe som fremstår som lite hensiktsmessig.

Slike risikoinvesteringer vil ikke være skattemessig fradragsberettiget og tap på aksjer og selskapsandeler er heller ikke fradragsberettiget. Til gjengjeld vil gevinst/avkastning på aksjer/selskapsandeler være tilnærmet skattefritt (0,84 % skatt).

6.2.7 Samfunnspakker

Enkelte utbyggere har samlet sine tiltak og tilskudd til allmennheten og andre i såkalte "samfunnspakker" for å bedre å synliggjøre dette og skape goodwill. Argumentasjonen bak dette kan være at utbygger erkjenner at utbygging av vannkraftverk har både positive og negative virkninger for lokalsamfunnet og at samfunnspakken skal bidra til å sikre lokalsamfunnet en del av de positive virkningene og avdemppe de negative. Slike samfunnspakker kan bestå av en kombinasjon av tiltak som nevnt ovenfor.

7 PRAKTISK HÅNDTERING AV AVTALER MED KOMMUNER

Når utbygger skal inngå avtaler med kommunen, er det viktig å ha klarhet i hvilken rolle kommunen inngår avtalen i egenskap av – plan- eller annen forvaltningsmyndighet, eiendomsskatekreditor, høringsinstans, berørt part, representant for allmennheten, grunneier eller tjenesteleverandør. Som det fremgår over, vil kommunens rolle i avtalen kunne ha betydning for i hvilken grad avtalen kan inngås, hva den kan gå ut på og hvilke saksbehandlingsregler som gjelder.

Vår erfaring er at dette oppnås best ved å operere med klare og separate avtaler for de enkelte forhold som ønskes regulert. Dette er også praktisk all den tid det ofte er aktuelt å inngå de aktuelle avtaleelementene på forskjellige tidspunkter, samtidig som de forskjellige avtalene ofte gjelder forskjellige stadier av prosessen. En avtale om konsesjonsvilkår vil stort sett gjelde frem til utbyggingen står ferdig for kommunens del, og videre fremover for utbyggers ytelse, en eiendomsskatteavtale vil normalt gjelde fra inngåelsestidspunktet og fremover.

Det er videre viktig å sørge for størst mulig åpenhet om de avtaler som inngås, slik at motstandere av vannkraftverket ikke kan fremstille avtaler – som i utgangspunktet er lovlige og ryddige – som noe kritikkverdig. Slikt vil skape unødvendig støy og vil ofte kunne medføre en viss skepsis og tilbakeholdenhet hos kommunepolitikere og allmennheten.

Forskjellsbehandling av aktører hva gjelder avtaler som knyttes opp mot kommunens saksbehandling kan føre til ugyldighet for kommunens vedtak. Det er derfor viktig at de avtaler som kommunen tilbyr også blir tilbudt andre aktører i kommunen (i den grad prosjektene er sammenlignbare). Dersom for eksempel én aktør inngår avtale om eiendomsskatt bør kommunen kreve tilsvarende avtaler med de øvrige eller innføre eiendomsskatt.

Etter vår vurdering bør også avtalene som inngås holdes klart fra hverandre slik at kommunens ulike roller holdes adskilt.

8 KOMMUNEN SOM MEDEIER/SAMARBEIDSPARTNER I UTBYGGINGSPROSJEKT

8.1 Adgang for kommuner til å drive næring

Norske kommuner og fylkeskommuner har adgang til å eie og drive næringsvirksomhet. Kommuner og fylkeskommuner er underlagt en del særregulering gjennom kommuneloven som får betydning for adgangen til å drive næringsvirksomhet. Blant annet kan kommuner ikke gå konkurs og det er også visse begrensninger på adgangen til låneopptak.

Kommunelovens begrensinger er imidlertid ikke til hinder for at kommuner og fylkeskommuner i dag er tungt involvert både i kraftproduksjon og nettvirksomhet og omtrent halvparten av kraftproduksjonskapasiteten i Norge eies av kommunale eller fylkeskommunale eiere.⁷

8.2 Samarbeid – felles eierskap

I tillegg til at kommuner og fylkeskommuner selv kan eie selskaper som driver produksjonsvirksomhet, kan kommunale myndigheter også eie slike selskaper i fellesskap med andre.

Det er ingen særlige regler som regulerer slikt samarbeid utover de generelle regler som er gjennomgått ovenfor i dette notatet.

Dersom kommuner skal gis tilbud om å kjøpe seg inn i prosjekter må dette gjøres på kommersielle vilkår og til en markedsmessig pris. Dersom kommunen gis en særlig lav pris, vil dette kunne anses som økonomisk bistand/gave til kommunen, se nærmere om dette ovenfor under punkt 4.5.

Vår anbefaling er derfor at kommuner eller fylkeskommuner ikke bør gis tilbud om å kjøpe seg inn i prosjekter eller selskaper til lavere pris enn andre interesserte, og at samarbeid ellers bør håndteres på samme måte som ved samarbeid med andre private eiere.

8.3 Habilitetsregler

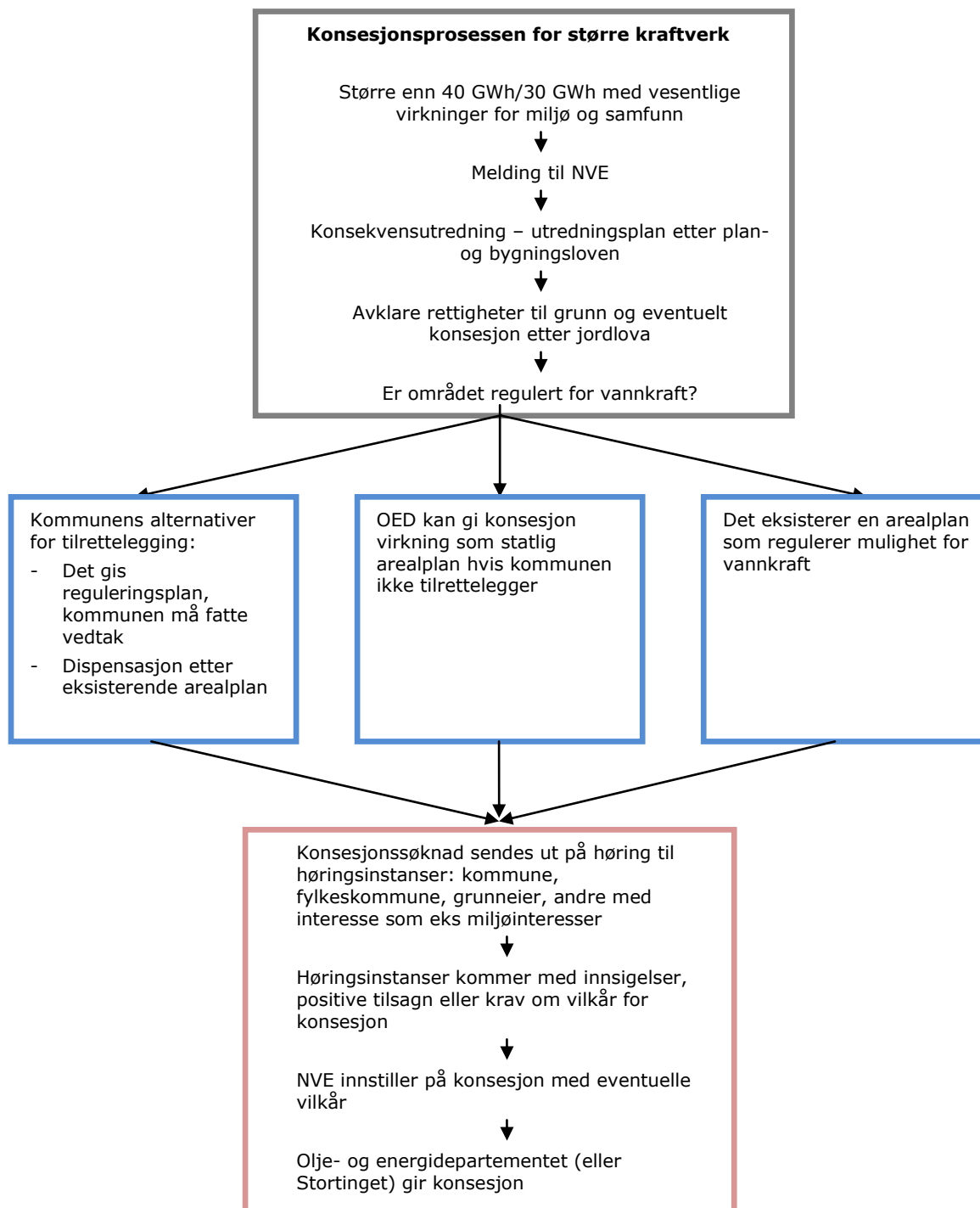
Ved opprettelse av selskaper hvor kommunen skal være med på eiersiden vil dette kunne få betydningen for habiliteten til kommunens eventuelle representanter i styret. For kommunestyremedlemmer og kommunalt ansatte gjelder forvaltningslovens regler om habilitet, jf kommuneloven § 40. Dette innebærer blant annet at et kommunestyremedlem som er styremedlem i et felleseid selskap ikke kan delta ved kommunestyrebehandling av saker som gjelder det felleseide selskapet.

* * *

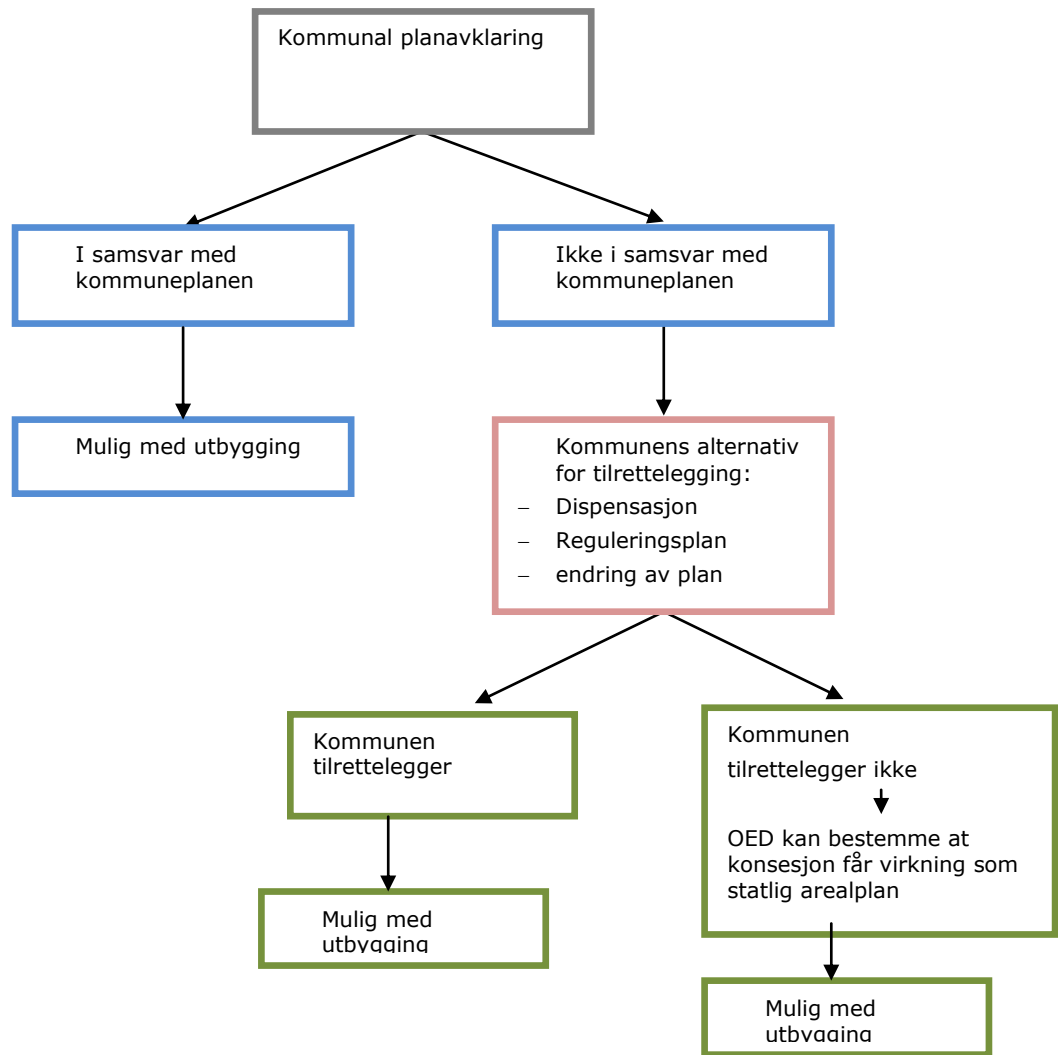
⁷ Jf Olje- og energidepartementet Eiere og organisering i kraftsektoren, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed/tema/fornybar-energi/Eiere-og-organisering-i-kraftsektoren.html?id=444386>

VEDLEGG

Flytskjema over konsesjonsprosessen for større kraftverk.



Flytskjema over planprosess i kommunen



Flytskjema over inngåelse av avtaler med kommuner

