

Små kraftverk – store utfordringer?

Konsesjonsrettslige problemstillinger
etter vannressursloven

Kandidatnummer: 134

Veileder: Ulf Hammer

Semester: vår 2006

Antall ord: 36 191

Dato: 11. august 2006

1	INNLEDNING	8
1.1	Emnet for avhandlingen	8
1.2	Problemstillinger og plan for fremstillingen	9
1.3	Avgrensninger	11
1.4	Rettskildebildet	14
1.5	Begrepsbruk.....	17
1.6	Aktørene.....	19
2	HENSYNENE SOM BEGRUNNER SATSNINGEN PÅ SMÅ VANNKRAFTVERK	21
2.1.1	Energiforsyning og forsyningsikkerhet.....	21
2.1.2	Miljøhensyn – fornybar energi.....	23
2.1.3	Distriktpolitiske og økonomiske hensyn.....	25
3	KONSESJONSBEHANDLING ETTER VANNRESSURSLOVENS REGLER	27
3.1	Innledning.....	27
3.2	Konsesjon som styringsmiddel	28
3.3	Overordnede prinsipper for vassdragsforvaltning etter vannressursloven	29
3.3.1	Vannressurslovens formålsbestemmelse.....	29
3.3.2	Andre overordnede prinsipper	32
3.4	Allmenne og private interesser	35
3.5	Grensen for konsesjonsplikts inntreden	40
3.5.1	Innledning – kort om vannressursloven § 8	40
3.5.2	Vassdragstiltak som «kan være til nevneverdig skade eller ulempe»	41
3.5.3	Minstevannføring	44
3.5.4	Vernede vassdrag	45
3.6	Kriteriene for å innvilge konsesjon.....	47
3.6.1	Innledning – kort om vannressursloven § 25	47
3.6.2	Fordelene må overstige skader og ulemper.....	48
3.6.3	Eldirektiv II	51
3.6.3.1	<i>Innledning</i>	51
3.6.3.2	<i>Direktivets anvendelse og krav til konsesjonsregler</i>	51
3.6.3.3	<i>Direktivets krav til kriterier for tildeling av tillatelse</i>	54
3.6.4	Momenter ved vurderingen av om konsesjon skal gis.....	56
3.6.4.1	<i>Samfunnmessig forsvarlig bruk og forvaltning</i>	57
3.6.4.2	<i>Samfunns- og bedriftsøkonomisk lønnsomhet</i>	58
3.6.4.3	<i>Fordeler for kraftforsyningen og lokalsamfunnet</i>	60
3.6.4.4	<i>Optimal lokalisering av tiltaket</i>	62
3.6.4.5	<i>Kortsiktige kontra langsiktige virkninger</i>	65
3.6.4.6	<i>Andre momenter</i>	66
3.6.5	Vernede vassdrag	68

3.7	Avveiningen – konsesjonsmyndighetens skjønnsutøvelse.....	69
3.7.1	Avveiningens karakter.....	69
3.7.2	Skjønnsutøvelse etter vannressursloven	70
3.8	Adgangen til å knytte vilkår til konsesjonen	72
3.8.1	Den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlære.....	72
3.8.2	Vannressurslovens vilkårshjemmel.....	73
3.8.2.1	<i>Særlig om vannstand og minstevannføring</i>	74
3.9	Vurderingens to trinn – en sammenligning av §§ 8 og 25.....	75
4	KONKURRANSE OM UTNYTTELSE AV VASSDRAGSRESSURSENE ...	77
4.1	Innledning.....	77
4.2	Problemstillingen og det rettslige utgangspunktet.....	77
4.3	Mulige kriterier for å skille mellom konkurrerende prosjekter .	80
4.3.1	Forhold knyttet til de omsøkte tiltakene	80
4.3.1.1	<i>Miljøvirkninger</i>	80
4.3.1.2	<i>Hvorvidt søkeren innehar fallrettigheter.....</i>	81
4.3.1.3	<i>Samfunnsøkonomisk lønnsomhet</i>	83
4.3.1.4	<i>Bedriftsøkonomisk lønnsomhet</i>	84
4.3.2	Forhold ved tiltakshaver	85
4.3.2.1	<i>Kompetansekrav.....</i>	85
4.3.2.2	<i>Andre forhold.....</i>	86
4.4	Oppsummering – mulige løsninger.....	87
5	EN VURDERING AV DAGENS KONSESJONSSYSTEM.....	91
5.1	Innledning.....	91
5.2	Konsesjonsplikts inntreden etter de ulike lovene på vassdragsområdet	91
5.2.1	Innledning	91
5.2.2	Konsesjonsplikts inntreden etter de ulike lovene.....	92
5.2.2.1	<i>Absolutte og skjønsmessige grenser</i>	92
5.2.2.2	<i>Fordeler og ulemper ved bruk av de ulike typer grenser.....</i>	94
5.2.2.3	<i>Samfunnsøkonomiske konsekvenser av manglende samordning</i>	96
5.3	Vannressurslovens ordning – egnet eller moden for revisjon?..	97
5.3.1	Innledning	97
5.3.2	Vannressurslovens konsesjonsordning	98
5.3.3	Andre styringsmidler	99
5.3.3.1	<i>Meldeplikt og påleggsordning.....</i>	100
5.3.3.2	<i>Meldeplikt og konsesjonsordning</i>	101
6	SMÅ KRAFTVERK – STORE UTFORDRINGER?	104

1 Innledning

1.1 Emnet for avhandlingen

Emnet for denne avhandlingen er konsesjonsrettslige problemstillinger som oppstår ved utbygging av små vannkraftverk. Redegjørelsene konsentreres i hovedsak om reglene i vannressursloven,¹ som er den viktigste konsesjonsloven for utbygging av de små vannkraftverkene.

Begrepet «småkraftverk» brukes i Norge som en samlebetegnelse på kraftverk med opp til 10 MW installert effekt. Det er dessuten vanlig å benytte underkategoriene små-, mini- og mikrokraftverk. Felles for disse kraftverkene er at de har relativt begrensede miljøvirkninger – i hvert fall sammenlignet med større kraftverk.

Vassdragene utgjør en viktig del av den norske nasjonalformuen, og kraftproduksjon representerer den viktigste økonomiske utnyttelsen av vassdragene. Slik utnyttelse er derfor underlagt omfattende styringsmekanismer som skal sikre at utbygging og drift skjer i kontrollerte former: Et omfattende sett av konsesjonsregler og sterk politisk styring.

Utviklingen på vannkraftsektoren handler i dag først og fremst om de mindre kraftverkene, særlig utbygging av nye småkraftverk. I tillegg skjer en ganske omfattende prosess med opprustning og utvidelse av eksisterende kraftverk. Dette står i kontrast til situasjonen slik den var tidligere. Fokus var i større grad rettet mot utbygging av større vannfall, prosjekter med høy kraftproduksjon. Utviklingen begrunnes i ulike typer hensyn. Fra politisk hold er det konstatert at

«[e]poken med store vannkraftutbygginger er over. Hensynet til kommende generasjoners naturopplevelser tilsier en restriktiv holdning til videre vassdrag-utbygging, og vi lar de aller fleste vassdrag som står igjen forbli urørt».²

Vi ser at miljøhensyn er sentrale. De samme holdningene kommer også til uttrykk i Stoltenberg II-regjeringens tiltredelseserklæring, den såkalte Soria Moria-

¹ Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven eller vresl.).

² Bondevik II-regjeringens tiltredelseserklæring (Sem-erklæringen), gjengitt i Innst.S. nr. 116 (2004-2005) side 7, andre spalte.

erklæringen.³ Her heter det blant annet at «[t]iden for de nye store vannkraftutbygginger er over. Derfor må framtidens økte energibehov i større grad dekkes på andre måter». Det heter også at «[r]egjeringen (...) i større grad [vil] utnytte potensialet som ligger i opprustning av eksisterende vannkraftverk og i bygging av små- mini- og mikrokraftverk».⁴

Uttalelsene gir uttrykk for en ny holdning innen vassdragssektoren, og er i kraft av å være politiske erklæringer med på å forme utviklingen videre. I realiteten er de imidlertid bare en konstatering av en utvikling som startet allerede på 1990-tallet. Potensialet for store og mellomstore kraftverk er i hovedsak utnyttet. I tillegg til at mange av de større vannfallene allerede er utbygd, er de fleste av de resterende større fallene underlagt vern etter Verneplanene for vassdrag eller andre vernevedtak. Den underliggende holdningen er at fordelene store vannkraftutbygginger bringer med seg i form av økt kraftproduksjon ikke lar seg forsvare, idet miljøinngrepene er store – og til dels kan være svært store. Konsekvenser av tiltaket, særlig i form av miljøhensyn, vektlegges sterkere enn tidligere.⁵ Som en konsekvens av dette har man blitt nødt til å se hen til nye utnyttelsesformer for å imøtekomme det stadig økende energibehovet.

Utbygging av nye småkraftverk står sentralt for å avhjelpe dette behovet, og vi har et stort antall vannfall som egner seg for utbygging. Konesjonsmyndigheten mottar en jevn og stor strøm av henvendelser og søknader fra utbyggingslystne aktører. Dessuten er et større antall aktører på banen enn tidligere, og mange av disse mangler erfaring med tilsvarende prosjekter. Det har derfor vist seg at regelverket på området er – eller i hvert fall kan oppfattes som – komplisert, fragmentarisk og vanskelig tilgjengelig.

1.2 Problemstillinger og plan for fremstillingen

Det vassdragsrettslige regelverket har et privatrettslig utgangspunkt. Vassdragene, og med dem retten til å utnytte kraftressursene, tilhører eieren av grunnen under vassdraget.⁶ Dette utgangspunktet modifiseres ved at rettsordenen oppstiller rammer som grunneieren må forholde seg til. Rammene består i en rekke offentlig- og privatrettslige regler, som kan reise mange ulike problemstillinger. Som nevnt

³ Politisk plattform for en flertallsregjering utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, Framforhandlet på Soria Moria 26. september til 13. oktober 2005 (Soria Moria-erklæringen).

⁴ Soria Moria-erklæringen side 58-59.

⁵ St.meld. nr. 37 (2000-2001) kapittel 4.

⁶ Jf. vresl. § 13 (1). Utenom Norden er det vanlige utgangspunktet at vassdragene er i offentlig eie, se NOU 1994: 12 side 149 flg.

innledningsvis, konsentreres avhandlingen i hovedsak om *vannressurslovens* konsesjonsregler.

Jeg har gitt en kort innføring i enkelte av forholdene som ligger til grunn for den økte og uttalte satsningen på utbygging av småkraftverk. Hensynene som ligger til grunn for vannressurslovens bestemmelser, og som taler for utbygging av småkraftverk, blir behandlet nærmere under kapittel 2.

Avhandlingens hoveddel, kapittel 3 og 4, er konsentrert om problemstillinger som oppstår ved utbyggernes møte med vannressurslovens regler. Et særlig blikk rettes mot situasjonen for små utbyggingsprosjekter.

Vannressursloven oppstiller konsesjonsplikt for iverksettelse av bestemte tiltak i vassdragene. I kapittel 3 vil jeg redegjøre inngående for lovens konsesjonsregler, som er utformet i to trinn: § 8 angir grensene for konsesjonsplikts inntreden, mens § 25 angir kriteriene for når konsesjon kan innvilges. I det siste trinnet av konsesjonsprosessen er myndighetene tilkjent en vid skjønnsadgang. Hvilke momenter som er relevante ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges, beror både på norsk rett og på EØS-rettslige regler, og blir behandlet under kapittel 3.6.

Som følge av at utbyggingsaktiviteten i dag konsentreres rundt mindre kraftprosjekter, og av at et større antall aktører er på banen, har det oppstått nye rettslige problemstillinger som konsesjonsmyndigheten må ta stilling til. Jeg tenker særlig på situasjoner hvor flere aktører på en uforenlig måte ønsker å bygge ut fall i det samme vassdraget: Konkurransen om tilgang til vassdragsressursene er en problemstilling som har oppstått i løpet av den senere tiden, men som likevel allerede har rukket å bli utbredt. Konkurransesituasjonene er problematiske, fordi dagens vannressurslov ikke inneholder regler som angir klare kriterier for hvordan prioriteringen mellom konkurrerende konsesjonssøknader skal gjennomføres. I kapittel 4 oppstilles slike kriterier.

Under kapittel 5 er spørsmålet hvorvidt det er hensiktsmessig å benytte ulike typer grenser for konsesjonsplikts inntreden i vannressursloven, industrikonsesjonsloven⁷ og vassdragsreguleringsloven⁸. Videre undersøker jeg hvorvidt andre offentligrettslige kontrollformer enn konsesjonsordningen i dagens vannressurslov kan være bedre egnet for å føre kontroll med det store antallet småkraftutbygginger. Til slutt oppsummeres redegjørelsene og drøftelsene i avhandlingen i kapittel 6.

⁷ Jf. lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer (vassdragsreguleringsloven eller vregl.)

⁸ Lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonsloven eller ikl.).

1.3 Avgrensninger

Reguleringen på vassdragsområdet er omfattende. En bred fremstilling av regelverket måtte ha blitt svært overfladisk for ikke å sprengne rammene for denne avhandlingen, og ville heller ikke ha brakt med seg noe nytt sammenlignet med tidligere fremstillinger.⁹ For å kunne redegjøre mer inngående for vannressurslovens konsesjonsregler, er det derfor nødvendig å foreta en rekke avgrensninger.

Temaet for avhandlingen avgrenses i korte trekk til en behandling av *vassdragsrettslige perspektiver ved nye småkraftutbyggingsprosjekter som er konsesjonspliktige etter vannressursloven*. Videre avgrenses avhandlingens hoveddel, kapittel 3 og 4, til å gjelde tiltak som iverksettes uten regulert vannføring og av den eller de som innehar rettighetene til å utnytte vannfallet. Jeg vil først redegjøre for hvorfor jeg foretar akkurat disse avgrensningene, samt for hvilke følger det får.

Ved å anlegge et *vassdragsrettslig perspektiv*, konsentreres avhandlingen om de vassdragsrettslige reglene som oppstiller skranker for adgangen til å bygge ut ny produksjonskapasitet. Én konsekvens av dette er at energilovens regler om anleggs- og omsetningskonsesjon ikke blir behandlet, selv om disse får anvendelse for de aller fleste småkraftprosjekter.¹⁰ Energilovskonsesjonene innvilges som regel dersom konsesjon etter vannressursloven er gitt, og reiser ikke særlig interessante problemstillinger. Heller ikke tekniske eller økonomiske sider ved småkraftverkenes virksomhet, herunder regler om naturressursskatt eller grunnrentebeskatning, blir behandlet.¹¹ Det samme gjelder de nå skrinlagte forslagene til regler om opprettelse av et elsertifikatmarked.¹² Videre har Olje- og energidepartementets (OED) besluttet å opprette et fond med formål å styrke innsatsen for fornybar energi og energieffektivisering. Planlagt oppstart er høsten

⁹ Se for eksempel Thor Falkanger og Kjell Haagenen (red.), *Vassdrags- og energirett*, Oslo 2002 (Falkanger og Haagenen (red.)), Gunnar Martinsen, Jens F. Bibow og Frode Støle, *Energiloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk 2004 (Martinsen, Bibow og Støle) og Carlos A. Urquieta «Industriekonsesjonsloven: Offentlig styring av fallrettigheter og EØS-rettslige skranker» i *MarIus* nr. 296 (Urquieta).

¹⁰ Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven eller enl.) § 3-1 om anleggskonsesjon og § 4-1 om omsetningskonsesjon. Videre Martinsen, Bibow og Støle side 46-51 og 77-141.

¹¹ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) §§ 18-2 og 18-3.

¹² Se OEDs hjemmesider for mer informasjon om prosessen rundt et norsk-svensk elsertifikatmarked. Tilgang: http://www.odin.dep.no/oed/norsk/p30006318/energi_-_vassdrag/026021-990048/dok-bn.html. (Benyttet 11. august 2006).

2006, men detaljene er ikke avklart enda.¹³ Fondet blir ikke behandlet nærmere. Også reglene om anleggsbidrag og tariffer faller utenfor avhandlingen under denne avgrensningen.

Ytterligere konsekvenser av at jeg anlegger et vassdragsrettslig perspektiv, er at jeg ikke behandler småkraftprosjektenes forhold til annen privat- og offentligrettslig lovgivning som forurensningsloven, lakse- og innlandsfiskeloven, kulturminneloven, jordlova og grannelova.¹⁴ Heller ikke reglene i plan- og bygningsloven blir behandlet, selv om disse kan være av stor betydning for småkraftprosjektene.¹⁵ Det samme gjelder andre privatrettslige regler enn de jeg har nevnt til nå. Praktiske problemstillinger er for eksempel spørsmål om erstatningsansvar overfor tidligere eller senere brukere av vassdraget.

Avhandlingen konsentreres videre om førsteinstansbehandling av konsesjons-søknader. Spørsmål som oppstår i forbindelse med forvaltningsrettslig klagebehandling av konsesjonssøknader eller andre metoder for å forfølge vedtak om avslag blir derfor ikke behandlet. Det samme gjelder alminnelige forvaltningsrettslige ugyldighetsregler. Ugyldighetssøksmål reises for domstolene, og kan særlig tenkes å oppstå etter hvert som konsesjonsmyndigheten behandler flere saker som nødvendiggjør prioritering mellom konkurrerende søkere. Mulige ugyldighetsgrunner kan for eksempel være usaklig forskjellsbehandling eller vilkårlighet.¹⁶

At jeg videre avgrenser avhandlingens hoveddel til å gjelde *nye småkraftprosjekter som konsesjonsbehandles etter vannressursloven* innebærer for det første at de aller minste kraftverkene utelates. Enkelte av mini- og mikrokraftverkene har så begrensede virkninger at de ikke er konsesjonspliktige,¹⁷ og faller derfor utenfor avhandlingens tema. Jeg tar heller ikke for meg nærmere

¹³ Blant annet skal Enovas ansvarsområde utvides til å omfatte de første 3 MW i nye vannkraftanlegg. Opplysninger om organisering av fondet m.v. presenteres på OEDs hjemmesider www.oed.dep.no så snart de er klare.

¹⁴ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven), lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v. (lakse- og innlandsfiskeloven), lov 9. juni 1978 nr. 50 om kulturminner (kulturminneloven), lov 12. mai 1995 nr. 23 om jord (jordlova) og lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova).

¹⁵ Lov 14. juni 1985 nr. 77: Plan- og bygningslov (plan- og bygningsloven eller pbl.). Relevant for småkraftverk er særlig regler om arealplanlegging og byggesaksbehandling. Se også NOU 1994: 12 side 375-378.

¹⁶ Se Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 7. utgave ved Eivind Smith, Oslo 2003 (Eckhoff/Smith) side 362-363 og 365-367.

¹⁷ Se Olje- og energidepartementet: Fakta 2006 Energi og vannressurser i Norge (Fakta 2006) side 57.

detaljer om hvordan det avgjøres om et utbyggingsprosjekt omfattes av eller faller utenfor vannressurslovens regler.¹⁸

Videre faller spørsmål som oppstår i forbindelse med opprustning eller utvidelse av eksisterende småkraftverk utenfor temaet for avhandlingen.¹⁹ Disse tiltakene utføres for å oppnå en samfunnsøkonomisk bedre utnyttelse av ressursene.²⁰ Opprustnings- og utvidelsesprosjekter består av svært uensartet gruppe kraftverk og tiltak som kan utløse en rekke ulike problemstillinger. Jeg går heller ikke nærmere inn på skrankene som oppstilles gjennom Samlet plan for vassdrag. Kraftverk med mindre enn 10 MW installert effekt eller en årsproduksjon under 50 GWh er i dag unntatt fra planens virkeområde.²¹

Enkelte av utbyggingsprosjektene som omfattes av konsesjonsreglene i vannressursloven er underlagt mer vidtrekkende skranker. Jeg tenker på Verneplanene for vassdrag og andre vernevedtak,²² som begrenser kraftutbyggingsadgangen betraktelig i enkelte vassdrag som er særlig vore overfor utnyttelse. Rettslig gir planene en bindende instruks til forvaltningen om ikke å gi konsesjon for regulering av vannføringen eller utbygging av bestemte vassdrag til kraftproduksjonsformål.²³ Verneplanene er vedtatt av Stortinget i plenum, og er derfor ikke bindende overfor private aktører. Det er dermed fritt frem for å iverksette konsesjonsfrie prosjekter i vernede vassdrag.²⁴ Det er dessuten åpnet for konsesjonsbehandling av mini- og småkraftverk i slike vassdrag. Småkraftprosjektene forhold til verneplanene blir behandlet under kapittel 3.5.4 og 3.6.5. Jeg går imidlertid ikke i dybden når det gjelder verneplanenes innhold eller kriteriene for at vassdrag skal underlegges vern.

De neste to avgrensningene relaterer seg til avhandlingens hoveddel, kapittel 3 og 4. Her behandles for det første bare den rettslige situasjonen for prosjekter som

¹⁸ Se vresl. § 18 og NVE-veileder 1/2002: *Behandling etter vannressursloven m.v. av vassdragstiltak og tiltak som kan påvirke vassdrag og grunnvann*, Anne Hustveit (red.)

¹⁹ *Utvidelser* betegner tiltak som er konsesjonspliktige etter vannressursloven eller vassdragsreguleringsloven, mens *opprustning* brukes om tiltak som bare krever konsesjon etter energiloven. Se St.meld. nr. 60 (1991-1992) side 15, første spalte.

²⁰ NOU 1994: 12 side 306, første spalte.

²¹ Se St.prp. nr. 75 (2003-2004) side 18, andre spalte.

²² St.prp. nr. 4 (1972-1973) Verneplan I, St.prp. nr. 77 (1979-1980) Verneplan II, St.prp. nr. 89 (1984-1985) Verneplan III, St.prp. nr. 118 (1991-1992) Verneplan IV, samt senere suppleringer ved St.prp. nr. 75 (2003-2004) verner til sammen produksjonskapasitet på om lag 44 TWh/år; over 20 % av Norges vannkraftpotensial. Se også NOU 1994: 12 side 321, første spalte, Inge Lorange Backer, *Naturvern og Naturinngrep, Forvaltningsrettslige styringsmidler*, Oslo 1986 (Backer (1986)) side 280 og Fakta 2006 side 55.

²³ Se St.prp. nr. 75 (2003-2004) side 20 og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 206, andre spalte.

²⁴ For å oppnå rettsvirkninger overfor private, må slike forbud vedtas i lovs form eller med hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippets krav. Se for eksempel Eckhoff/Smith s 309 flg.

iverksettes uten regulering av vannføringen i vassdraget. Småkraftverkene er som regel rene elvekraftverk. Disse gjør ikke bruk av reguleringer som består i utjevning av årsvannføringen, og er derfor unntatt fra konsesjonsreglene i vassdragsreguleringsloven.²⁵

At avhandlingen videre konsentreres om prosjekter som iverksettes av *den eller de som innehar rettighetene til å utnytte vannfallet*, innebærer for det første at konsesjonsreglene i industrikonsesjonsloven ikke blir behandlet. Her oppstilles blant annet regler om konsesjonsplikt for privates erverv av eiendoms-, bruks-, eller langsiktig disposisjonsrett til vannfall over 4000 naturhestekrefter (om lag 5 MW installert effekt).²⁶

Spekteret av rådighetsspørsmål som kan oppstå i forbindelse med småkraftutbygging er imidlertid langt mer omfattende enn dette. For eksempel er det ikke uvanlig at eldre kvernrettigheter eller andre bruksrettigheter er knyttet til eiendommer som egner seg for småkraftutbygging. Ytterligere en side av dette spørsmålet relaterer seg til hvordan utbyggeren innhenter tillatelse til å utnytte vannfallet. Hovedregelen er at frivillig avtale skal ligge til grunn. Dersom dette ikke er mulig, kan ekspropriasjonstillatelse innvilges i visse tilfeller.²⁷

1.4 Rettskildebildet

Redegjørelsen hittil har vist at avhandlingens hoveddel konsentreres om rettslige problemstillinger for småkraftutbyggingsprosjekter som omfattes av vannressurslovens konsesjonsregler. Det er særlig lovens §§ 8 og 25 som er gjenstand for tolkning. Disse konsesjonsbestemmelsene er utformet ved hjelp av vage og skjønnsmessige begreper, og skal sammen med formålsbestemmelsen i lovens § 1 sikre gjennomføringen av målet om effektiv kontroll med aktiviteten i vassdragene.²⁸

Selv om vannressursloven er en relativt ny lov, vedtatt i 2001, vil avhandlingen vise at den på enkelte punkter kan karakteriseres som delvis utdatert. En tolkning

²⁵ Vregl. § 2. Enkelte av saksbehandlingsreglene i vassdragsreguleringsloven kommer likevel til anvendelse for større småkraftprosjekter, jf. vresl. § 19 (2). Se kapittel 5.2.2.1 og Falkanger og Haagensen (red.) side 282 flg.

²⁶ Jf. inkl. §§ 1 og 5. Se også Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) side 12, andre spalte. Se kapittel 1.5 om begrepet naturhestekrefter (nat.hk.) og kapittel 5.2.2.1, Urquieta side 29 flg. og Falkanger og Haagensen (red.) side 274 flg. Også erverv av mer enn $\frac{1}{5}$ av aksjene eller andelene i et selskap som eier konsesjonspliktig eiendom er konsesjonspliktig, jf. inkl. § 36.

²⁷ Vresl. § 51 jf. lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast egedom (oreigningslova eller orl.). Partene kan oppfordres til å oppnå enighet om frivillig avtale, jf. orl. § 12, andre ledd. Se også Erling Sandene og Erik Keiserud, *Oreigningsloven med kommentarer*, Oslo 1990 (Sandene og Keiserud).

²⁸ Bestemmelsene reiser en rekke tolkningsprosjer, se kapittel 3.3.1, 3.5 og 3.6.

av lovbestemmelsens ordlyd kan, sammen med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, likevel bidra til å avklare hvordan skjønnsutøvelsen etter loven skal skje.

Blant lovens forarbeider er særlig Vassdragslovutvalgets NOU 1994: 12 og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) sentrale. Selv om lovforarbeidene er grundig utformet, bærer drøftelsene omkring kraftutbyggingsprosjekter preg av at større prosjekter var sentrale i forkant av lovvedtakelsen. Forarbeidenes generelle drøftelser kan likevel gi viktige bidrag til tolkningen av §§ 8 og 25.

Forskrifter til vannressurslovens konsesjonsbestemmelser er derimot fraværende. Det samme er rettspraksis. Et søk i Lovdatas registre viser at det ikke er avsagt en eneste avgjørelse, verken i Høyesterett eller i lavere instanser, hvor vresl. §§ 8 eller 25 var omtvistet.²⁹ Rettspraksis rundt de tilsvarende bestemmelsene i den tidligere loven på området, vassdragsloven 1940,³⁰ er også sparsommelig.

NVEs konsesjonspraksis er derimot velegnet til å klargjøre innholdet av vannressurslovens bestemmelser. Direktoratet har avgjort en rekke søknader om konsesjon til utbygging av småkraftverk. Vedtakene er grundige, og gir gode holdepunkter for å tolke reglene.³¹

Som fremstillingen vil vise, er bestemmelsene som er gjenstand for behandling utformet ved hjelp av skjønnsmessige og dynamiske begreper. Utformingen er valgt for at loven skal utvikles i tråd med holdningene i samfunnet for øvrig. Såkalte *etterarbeider* må kunne vektlegges av konsesjonsmyndigheten under skjønnsutøvelsen etter denne typen bestemmelser. Jeg tenker her på vedtak i lovs form, samt utredninger og proposisjoner utarbeidet i forkant av dette senere lovvedtaket. Såfremt dokumentene har tilstrekkelig sammenheng med de av vannressurslovens regler som er gjenstand for tolkning, må de være relevante.³² Jeg gjør særlig bruk av etterarbeider utarbeidet i tilknytning til at det er gjort endringer i industri-konsesjonsloven, vassdragsreguleringsloven og energiloven.

Hvorvidt også andre offentlige dokumenter kan være relevante å vektlegge under forvaltningens skjønnsutøvelse, er et annet spørsmål. Jeg tenker særlig på Stortings-

²⁹ Søket er foretatt på www.lovdatabase.no 11. august 2006.

³⁰ Lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene (vassdragsloven 1940).

³¹ Enkelte av NVEs avgjørelser er tilgjengelige på direktoratets nettsider. Tilgang: http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=4724. (Benyttet 11. august 2006). Disse vedtakene er fattet i perioden fra 26. november 2002 og frem til i dag, og gjelder bare utbygging av småkraftverk.

³² Se Erik Boe, «Utvikling i Lovers form og innhold – en utfordring for rettsvitenskapen» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1987 side 651 flg. (Boe (1987)) (side 665) med videre henvisninger.

meldinger, innstillinger m.v. (med Boes begrepsbruk «politiske meldinger»³³). Slike dokumenter kan tenkes å få betydning som en *instruks*, et *rettslig signal*, til forvaltningen, eller som en mindre forpliktende *retningslinje* for skjønnsutøvelsen.³⁴ Boe konkluderer med at det for et forvaltningsorgans virksomhet ikke er et skarpt skille mellom disse forståelsene – hvorvidt meldingene er *påbudte* eller *tillatte* rettskildefaktorer.³⁵ Dette synspunktet legges til grunn for drøftelsen.

Grunnleggende forutsetninger for at politiske dokumenter skal være relevante for skjønnsutøvelsen, er ifølge Boe at standpunktene som fremkommer er representative og av formell karakter, samt at meldingene har en sammenheng med det rettslige rammeverket som skal tolkes eller anvendes. I tillegg må det formuleres et standpunkt; det stilles med andre ord krav til at innholdet i meldingene er angripelige, at de er håndfaste.³⁶

Tilfredsstillende de politiske meldingene disse kriteriene, taler gode grunner for at de anses som relevante rettskildefaktorer når innholdet av vannressurslovens konsesjonsregler skal fastlegges.³⁷ Når konsesjonsmyndigheten er tilkjent vidtrekkende kompetanse under en konsesjonslov som er tiltenkt aktive styringsfunksjoner, ville en annen løsning kunne forhindre utviklingen av lovens dynamiske elementer. Jeg anvender argumenter hentet fra politiske dokumenter i utstrakt grad i denne avhandlingen.

Det er vanskeligere å si noe generelt om hvilken *vekt* slike politiske meldinger skal tillegges. Desto sterkere styringsformål loven har, og desto mer politisk vurderingstemaet er, desto større vekt bør meldingene tillegges. Nærmere svar kan søkes ved å se hen til alminnelige vektprinsipper. Relevant er blant annet hvilket bidrag andre rettskildefaktorer gir for tolkning av bestemmelsen, den enkelte rettskildefaktorens alder, hvor tydelig den konkrete uttalelsen er, hvor grundig utarbeidet meldingen er, samt om det er bred oppslutning omkring standpunktet som kommer til uttrykk.³⁸ Vektspørsmålet må med andre ord besvares ut fra en konkret vurdering.

³³ Erik Boe, «Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv.» i *Jussens Venner*, 1981 side 235 flg. (Boe (1981)) (side 235).

³⁴ Erik Boe, «Stortingsmeldinger og innstillinger til stortinget – vedtak, tilråding eller en mellomting?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1984 side 170 flg. (Boe (1984)) (side 171).

³⁵ Se Boe (1981) side 241-244 og Boe (1984) side 173. Han konkluderer med at situasjonen er en annen for domstolenes virksomhet.

³⁶ Boe (1981) side 236-238.

³⁷ Se Boe (1981) side 254-255, Boe (1984) side 180 med videre henvisninger og Boe (1987) side 665-666 med videre henvisninger. Synet fremholdes også av Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 (Eckhoff/Helgesen) side 99.

³⁸ Boe (1993) side 175-176.

Én viktig begrensning ligger likevel i at de politiske meldingenes betydning bare kan bidra til å avklare hvilke hensyn som kan eller skal tas i betraktning under skjønnsmessige avgjørelser. De kan derimot ikke forsvare en tolkning som strider mot lovens ordlyd eller klare uttalelser avgitt i forbindelse med at loven ble vedtatt.³⁹

1.5 Begrepsbruk

Internasjonalt er det ingen enighet om en definisjon av hvilke vannkraftverk som skal betegnes som «småkraftverk». Betegnelsen refererer for eksempel i Canada til kraftverk med installert effekt på 20-25 MW, og i USA med opp til hele 30 MW installert effekt. Det begynner imidlertid å bli internasjonal enighet om at kraftverk med opp til 10 MW installert effekt betegnes som «små». Denne definisjonen gjelder blant annet i EU og i Norge.⁴⁰

Videre er det vanlig å dele småkraftverkene inn i underkategoriene små-, mini- og mikrokraftverk: Kategorien «mikrokraftverk» betegner kraftverk med installert effekt under 100 kW, mens «minikraftverk» har mellom 100 kW og 1 MW installert effekt, og «småkraftverk» 1 til 10 MW installert effekt.⁴¹

Den effekten et kraftverk kan yte – installert effekt – øker med fallhøyde og tilsig, begrenset av den installerte maskinytelsen.⁴² En annen betegnelse som går igjen er begrepet naturhestekrefter (nat.hk.), som angir brutto produksjonskapasitet – kraftverkets mulige produksjon uten fradrag for tap i tunneler, luker, maskineri m.v.⁴³ Gjennom en undersøkelse av 27 kraftverk, er det anslått at 4000 nat.hk. tilsvarer omtrent 5 MW installert effekt.⁴⁴

Småkraftverk er som regel rene elvekraftverk, som har inntak og utløp i selve elven. Kraftproduksjonen baseres på konstant tilsig av rennende vann. Regulering av vannføringen skjer bare i form av en inntaksdam ved inntaket til kraftstasjonen. Med unntak for mindre variasjoner i vannstanden i inntaksbassenget, er

³⁹ Se Eckhoff/Helgesen side 99-100 med videre henvisninger.

⁴⁰ Se International Small-Hydro Atlas. Tilgang: <http://www.small-hydro.com/index.cfm?fuseaction=welcome.whatis>. (Benyttet 11. august 2006).

⁴¹ Betegnelsen «små» kraftverk brukes med andre ord *både* som en samlebetegnelse på alle kraftverk opp til 10 MW installert effekt *og* som en betegnelse på den største underkategorien.

⁴² Fakta 2006 side 20-21.

⁴³ Naturhestekrefter beregnes ut fra formelen $13,33 \times (\text{regulert vannføring}) \times (\text{brutto fallhøyde i meter})$, se Falkanger og Haagensen (red.) side 262.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) side 12, andre spalte. Dette tallet krever imidlertid en svært jevn vannføring. Grensen for konsesjonspliktens inntreden etter ikl. er satt til 4000 nat.hk..

produksjonen i elvekraftverk avhengig av vannføringen i elven slik denne er til enhver tid.

Situasjonen er en annen for *magasinkraftverk*. Her baseres produksjonen på vann lagret i magasiner eller demninger.⁴⁵ Bakgrunnen for at vann oppbevares i lagringsmagasiner er særlig at det ikke er teknisk-økonomisk mulig å lagre elektrisk energi i de mengder som produseres i Norge.⁴⁶ Et typisk vassdrag har liten vannføring om vinteren – når kraftbehovet er størst – og økt vannføring når snøsmeltingen starter – og forbruket er lavt. Den største fordelene ved magasin-kraftverk er nettopp lagringsmuligheten: Vann kan lagres, og brukes til produksjon når tilsiget er lavt, og kraftbehovet og forbruket høyt.⁴⁷ Denne muligheten er ikke til stede for elvekraftverkene.

Den faktiske brukstiden⁴⁸ for elvekraftverk kan være på 3500-5000 timer.⁴⁹ Når et år med 365 dager har 8760 timer, ser vi at kraftverkene ikke kjøres for fullt til enhver tid. Dette er ikke særegent for elvekraftverkene, men gjelder også kraftverk som gjør bruk av regulert vannføring. Bakgrunnen er selvfølgelig følsomheten overfor svikt i vanntilsiget ved manglende nedbør eller ved frost. Produksjonen i et kraftverk måles i kWh, som beregnes ut fra produktet av den gjennomsnittlige effekt og tiden. Et kraftverk med 5 MW installert effekt og 4000 brukstimer produserer for eksempel 2 GWh per år. Vannkraftverkene midlere produksjonsevne beregnes ut fra installert effekt og forventet årlig tilsig i et år med normal nedbør.⁵⁰

Det klart største antallet nye utbyggingsprosjekter iverksettes i dag med mindre enn 5 MW installert effekt.⁵¹ Dette skyldes for det første begrensningene som ligger i vannfallenes størrelse, men kan også ha en sammenheng med utformingen av konsesjonsregelverket, snarere enn at det er bedrifts- eller samfunnsøkonomisk mest lønnsomt å bygge ut disse kraftverkene.⁵²

⁴⁵ Magasinkraftverk er gjerne større enn elvekraftverk, og benytter gjerne reguleringer som er konsesjonspliktige etter vregl. § 2. Se også kapittel 1.3 og 5.2.2.1.

⁴⁶ NOU 1994: 12 side 305, første spalte.

⁴⁷ Se Ulf Hammer, *Tilrettelegging av kraftmarkedet*, Oslo 1999 side (Hammer) 41 flg.

⁴⁸ Brukstid defineres som den tid det tar å produsere et års midlere tilsig under full maskinytelse, se Fakta 2006 side 21.

⁴⁹ Brukstiden i timer regnes ut ved å dele årsproduksjonen i kWh på den installerte effekten i MW, se NOU 1994: 12 side 305, andre spalte. I Fakta 2006 oppgis det på side 21 at brukstiden for de fleste kraftverk i Norge er på mellom 3500 og 5000 timer. For denne avhandlingen legger jeg til grunn at brukstiden for et småkraftverk er på 4000 timer.

⁵⁰ Beregningen baseres på nedbørsdata i en 30-årsperiode. Se Fakta 2006 side 20.

⁵¹ Jf. samtaler med jurister hos NVE.

⁵² Se kapittel 5.2.

1.6 Aktørene

Småkraftutbygging initieres av en rekke ulike aktører. I noen tilfeller er utbyggingsprosjektene rent grunneierbaserte (en eller flere grunneiere), i andre går grunneierne sammen med lokale energiselskaper, og i atter andre står større eksterne aktører alene om utbyggingen.

Investeringskostnadene for utbygging av småkraftverk er merkbart mindre enn hva de var tidligere. Kostnadene er likevel av en slik størrelse at de kan forklare de større aktørenes deltakelse på området. Høye kostnader kan i noen tilfeller gjøre at utbygging vanskelig kan skje som en rent grunneierbasert virksomhet. For eksempel vil en utbygging med årlig produksjon på rundt 20 GWh medføre investeringskostnader i størrelsesorden 40-60 millioner kroner, noe som utgjør 2-3 kroner per kWh.⁵³ Med 4000 brukstimer per år tilsvarer dette 5 MW installert effekt, et middels stort småkraftverk. Når kostnadene stadig har blitt redusert blant annet som følge av billigere serieprodusert produksjonsutstyr, blir investeringene også mer attraktive. Det ser imidlertid ikke ut til at investeringskostnadene hindrer investering: Høye avkastningsmuligheter gjør mange aktører investeringsvillige.⁵⁴

Grunneierbaserte utbygginger kan gjennomføres ved at flere grunneiere går sammen om utnyttelse av vannfallet gjennom opprettelse av et produksjonsselskap, gjerne organisert som et aksjeselskap. Fordeler er særlig at aksjonærene ikke har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, slik at de økonomiske risikoene består i tap av innskutt aksjekapital og av eiendomsretten til vannfallet dersom dette er overdratt til aksjeselskapet.⁵⁵

Alternativt kan fallet utnyttes i samarbeid med andre aktører, for eksempel et energiselskap. Dessuten kan eksterne aktører stå for utnyttelsen alene, ved at grunneieren leier bort retten til utnyttelse. Begge disse alternativene kan gi store økonomiske fordeler for de involverte partene – både grunneierne og de eksterne aktørene.⁵⁶

Det er ingen forutsetning for at konsesjon skal innvilges at tiltakshaveren, ved grunneierrettigheter eller på annen måte, har rett til å utnytte vassdraget. Vurderingstemaet etter konsesjonsreglene er snarere konsentrert rundt hvorvidt kraftutbyggingen fører med seg skader/ulempen av en uønsket styrke. Privatrettslige

⁵³ Se for eksempel NVEs KTV-notat nr. 59/2005 (Kvåle kraftverk) side 43.

⁵⁴ For eksempel hadde NVE 8. august 2006 drøyt 200 konsesjonssøknader etter vannressurslovens regler til behandling, se NVEs nettsider for oppdaterte tall. Tilgang: <http://www.nve.no/Konsesjon/S-20.htm>. (Benyttet 11. august 2006).

⁵⁵ Jf. lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper § 1-1 (2), se også Ole Gjems-Onstad, *Valg av selskapsform*, 4. utgave, Oslo 1999 (Gjems-Onstad) side 46.

⁵⁶ Bortleieadgangen begrenses av ikl. § 5. Se Falkanger og Haagensen (red.) side 268.

problemstillinger er det overlatt til utbyggeren å håndtere ved å tilegne seg de nødvendige rettigheter, eller eventuelt å søke om ekspropriasjonstillatelse.

Begrepet *konsesjonsmyndighet* brukes tradisjonelt som en samlebetegnelse på de organer som er formelt ansvarlig for behandlingen av en konsesjonssøknad.⁵⁷ Begrepet vassdragsmyndighet er noe videre, og omfatter også forvaltningsorganer som har beslutningsmyndighet i vassdrags saker generelt, det vil si også dersom andre typer bestemmelser enn konsesjonsbestemmelser ligger til grunn for kompetansen.

For småkraftutbyggingsprosjektene som behandles i denne avhandlingen, som bare er underlagt konsesjonsreglene i vannressursloven, ligger konsesjonsmyndigheten i første instans hos NVE. I disse sakene er OED klageinstans.⁵⁸

NVE har dessuten det forberedende og koordinerende ansvaret i søknadsfasen, uavhengig av hvilket organ som er konsesjonsmyndighet. Dermed forholder småkraftverkene seg i hovedsak til NVE også der andre organer er tillagt konsesjonsmyndighet. Bakgrunnen er et uttalt ønske fra politisk hold om at saksbehandlingen skal være enklest mulig for de berørte partene.

⁵⁷ Falkanger og Haagensen (red.) side 307.

⁵⁸ Direktoratet er delegert kompetanse for opp til 10 MW installert effekt forutsatt at kraftutbyggingen kun behandles etter vannressurslovens regler, jf. forskrift 19. desember 2000 nr. 1705 (OED), delegering av myndighet til Norges vassdrags- og energidirektorat til å være vassdragsmyndighet og til å fatte vedtak etter vannressursloven.

2 Hensynene som begrunner satsningen på små vannkraftverk

2.1.1 Energiforsyning og forsyningssikkerhet

Norge står overfor et stadig økende behov for tilførsel av elektrisk energi. Når 99 % av den produserte elektrisiteten stammer fra vannkraft, er kraftproduksjonen samtidig svært følsom overfor endringer i vanntilsiget.⁵⁹

14. mars 2006 publiserte NVE tall som viste at netto innenlandsk energibruk i Norge de foregående 12 månedene var på 126,7 TWh. Dette rekordhøye forbruket var nesten 6 TWh høyere enn den gjennomsnittlige årsproduksjonen for det norske kraftproduksjonssystemet, som i den samme perioden var beregnet til å være på rundt 121 TWh.⁶⁰ I denne perioden, som så mange andre, var Norge altså nettoimportør av kraft. Behovet for utbygging av ny norsk produksjonskapasitet forsterkes ytterligere når veksten i brutto kraftforbruk er ventet å være konstant stigende frem mot 2020.⁶¹

Idet en stor del av det tilgjengelige vannkraftpotensialet i Norge allerede er bygd ut eller vernet, fokuseres det på ulike typer tiltak for å håndtere det stadig økende behovet for elektrisk kraft: Reduksjon av forbruket, økning av energiproduksjonen gjennom opprustning og utvidelse av det eksisterende vannkraftsystemet, samt utbygging av nye prosjekter basert på alternative fornybare energikilder (grønn energi).⁶²

I denne sammenheng er det interessant at NVE har kartlagt potensialet for utbygging av nye småkraftverk til omtrent 24 TWh. I tillegg kommer potensialet som ligger i opprustning og utvidelse av eksisterende kraftverk.⁶³ Småkraftverk kan

⁵⁹ Fakta 2006 side 23.

⁶⁰ Jf. pressemelding fra NVE 14. mars 2006. Tilgang: http://www.nve.no/modules/module_111/news_item_view.asp?iNewsId=24790&iCategoryId=1484 (Benyttet 11. august 2006).

⁶¹ NVE (2005), *Kraftbalansen i Norge mot 2020, Oppdaterte anslag per juni 2005*.

⁶² Energiforsikringen kan dessuten også sikres ved å øke overføringskapasiteten mellom Norge og utlandet. Dette planlegges gjort blant annet ved å bygge en overføringskabel til Nederland, med kapasitet på 700 MW. Eksisterende eksportkapasitet fra Norge til Sverige, Danmark, Finland og Russland er på rundt 4770 MW til sammen. Se Fakta 2006 side 92 og Vedlegg 4 på side 127.

⁶³ Se NVE-rapport 19/2004, *Beregning av potensial for små kraftverk i Norge*, NVE (2005): *Kraftbalansen i Norge mot 2020* side 12 og NVEs nettsider

på denne måten være en viktig bidragsfaktor for å håndtere det økende energibehovet.

Den samlede mengden elektrisitet produsert i et småkraftverk er liten i et nasjonalt perspektiv. Idet overføringskapasiteten regionene imellom er begrenset, kan kraften likevel spille en viktig rolle for energiforsyningen i en region eller et lokalsamfunn.

Det er selvfølgelig stor forskjell på bidraget fra de minste og de største småkraftverkene: Kraftproduksjon i mikro- og minikraftverk forsyner som regel den enkelte produsent og/eller hans naboer med kraft. De fleste småkraftverkene vil imidlertid omsette den produserte kraften i markedet. Dermed blir bidraget til energiforsyningen større; om ikke nasjonalt så i hvert fall regionalt. For eksempel skal Ekkjestølen kraftverk i Hordaland bygges med om lag 4,5 MW installert effekt, og er beregnet til å forsyne rundt 900 husstander med strøm.⁶⁴ Dette viser at utbygging av småkraftverk i aller høyeste grad bidrar til å sikre kraftoppdekkingen i Norge.

Det økende energibehovet har også en side til sikring av *forsyningsikkerheten*. Fra elforsyningsdirektivet kan vi slutte at forsyningsikkerhet innebærer krav om at alle får nok strøm til enhver tid, at denne strømmen har en tilfredsstillende kvalitet, samt at det til enhver tid er balanse mellom produksjon og forbruk av elektrisk energi – mellom tilbud og etterspørsel.⁶⁵

Hvor mye energibehovet øker, varierer. Avgjørende er blant annet temperatur- og konjunkturvariasjoner, samt prisen på elektrisitet. Produksjonen og produksjonskapasiteten har imidlertid økt i langt mindre grad enn energibehovet, noe som etter hvert har gjort Norge til netto kraftimportør i år med normal nedbør. Videre har kapasitetsutnyttelsen i produksjonsapparatet og utnyttelsen av det sentrale overføringsnettets blitt vesentlig høyere enn tidligere. Energiforsyningen har derfor blitt langt mer sårbar overfor tørrår,⁶⁶ noe som er bekymringsfullt ut fra et forsyningsikkerhetsperspektiv.

http://www.nve.no/modules/module_109/publisher_view_product.asp?iEntityId=8719
(Benyttet 11. august 2006).

⁶⁴ NVE har anslått årlig produksjon til 18 GWh, som med 4000 brukstimer (mitt anslag) tilsvarer 4,5 MW installert effekt. Se NVEs nyhetsmelding publisert 26. juni 2006. Tilgang: http://www.nve.no/modules/module_111/news_item_view.asp?iNewsId=27030&iCategoryId=1484 (Benyttet 11. august 2006).

⁶⁵ EP/Rdir. 2005/89/EF af 18. januar 2006 om foranstaltninger til fremme af elforsyningsikkerhed og infrastrukturinvesteringer (elforsyningsdirektivet), artikkel 2-6.

⁶⁶ Norge skiller seg her fra andre land som har en mer sammensatt, og dermed sikrere elektrisitetsforsyning, basert på kraft fra fossile brenslere, kjernekraft m.v. Sårbarheten reduseres

Regjeringen Bondevik II⁶⁷ presenterte en rekke tiltak for å bedre forsynings-sikkerheten i Norge. Tiltakene dreide seg i hovedsak om å redusere sårbarheten overfor svikt i nedbøren. Blant de fremsatte forslagene var økt satsning på opprustning og utvidelse av eksisterende vannkraftverk, samt utbygging av produksjonskapasiteten i form av nye småkraftverk.⁶⁸

I et forsynings-sikkerhetsperspektiv er det likevel knyttet visse ulemper til elektrisitetsproduksjon fra elvekraftverk. Disse består særlig i følsomhet overfor tilsigssvikt, fordi produksjonen utelukkende er basert på konstant tilførsel av rennende vann. Vanntilsetget kan svikte enten på grunn av lite nedbør, eller på grunn av sterk kulde. I situasjoner med sterk kulde vil som regel strømforbruket være høyt, og kraftbehovet tilsvarende stort. Dette behovet kan likevel ikke avhjelpes bare ved å bygge ut elvekraftverkene. Dermed reduseres småkraftverkens betydning for og bidrag til å opprettholde forsynings-sikkerheten.

På den annen side er flere fornybare energikilder enda mer følsomme overfor endringer i energitilførselen. Vindkraftproduksjon er særlig utsatt, idet man ikke har egnede metoder for å lagre verken vind eller elektrisitet. Småkraftverk er blant de sikreste fornybare produksjonskildene både med tanke på produksjonsstabilitet og økonomi, og bygges derfor ut i stor grad.

En annen side av forsynings-sikkerhetsbegrepet gjelder sikkerheten i overførings-nettet for elektrisitet. En tenkelig situasjon er at overføringsnettet settes ut av spill på grunn av tekniske forhold eller værforhold. Også mangel på produksjons-kapasitet omfattes av begrepet: Er det ikke tilrettelagt for at elektrisitet kan produseres i tilstrekkelige mengder, er ikke sluttbrukerne garantert nok strøm til enhver tid.

2.1.2 Miljøhensyn – fornybar energi

Miljøhensyn⁶⁹ er et av hensynene som taler sterkest for satsningen på utbygging av småkraftverk, og har i de senere år fått en stadig større plass i avveiningen som foretas under konsesjonsvurderingen etter vannressursloven. Som nevnt innledningsvis under kapittel 1.1, er det en politisk oppfatning at større kraft-

imidlertid noe av den fellesnordiske kraftutvekslingen gjennom Nord Pools elspotmarked. Se Fakta 2006 side 83-85 og 90-92, samt Falkanger og Haagensen (red.) side 702..

⁶⁷ Regjeringen Bondevik II satt ved regjeringsmakten i perioden 2001-2005.

⁶⁸ Se St.meld. nr. 18 (2003-2004) side 8-9.

⁶⁹ Jeg bruker begrepet miljøhensyn i en vid forstand i avhandlingen, så det også for eksempel omfatter hensyn til verneinteresser i miljøet rundt vassdraget, se Backer (1986) side 33.

utbyggingsprosjekter ikke lenger lar seg forsvare. Oppfatningen er nettopp basert på et syn om at de lokale miljøkonsekvensene er for store.

I et miljøperspektiv består fordelene ved vannkraftproduksjon særlig i at globale miljøkonsekvenser er fraværende: Produksjonen avgir ikke varme eller forurensende gasser, og er dermed ikke like skadelig for omgivelsene som kraftproduksjon basert på fossile brensler.

Ytterligere en fordel består i at vannkraft er en fornybar energikilde, som kan benyttes i lang tid fremover. Vannets kretsløp påvirkes ikke av om et vassdrag utbygges eller ikke – fordamping fra havet og nedbør over land skjer derimot kontinuerlig uavhengig av menneskelig aktivitet.

Internasjonalt arbeides det for å fremme bruk av fornybar energi. EUs fornybardirektiv definerer «fornybar energi» som vindkraft, solenergi, geotermisk energi, bølge- og tidevannsenergi, vannkraft, biomasse, deponigass, samt gass fra spillvannsanlegg og biogass. Direktivet er EØS-relevant, og definisjonen kan derfor legges til grunn også i Norge.⁷⁰

Selv om det kan synes å være en utbredt oppfatning, er det likevel ikke slik at vannkraftproduksjon – og heller ikke produksjon fra småkraftverk – er helt uten miljøkonsekvenser. Situasjonen er snarere at konsekvensene for omgivelsene i og rundt vassdraget kan være store. Dette gjelder ved utbygging av selv de aller minste kraftverkene. Begrunnelsen for at utbygging av småkraftproduksjon likevel tillates, er, så vidt jeg kan se, at man satser på den formen for elektrisitetsproduksjon som er *minst inngripende* for miljøet.

Miljøkonsekvenser av småkraftutbygging består særlig i vannføringsendringer, som igjen kan føre med seg en rekke ulike konsekvenser. Det er for eksempel vanlig at det biologiske mangfoldet i selve vassdraget, eller dyrelivet rundt vassdraget, påvirkes.⁷¹ Også bygging, drift og vedlikehold av produksjonsanlegg, tilhørende kraftlinjer og veier kan forstyrre dyrelivet. Videre kan friluftsopplevelser forhindres og landskapsverdier forringes for eksempel ved at fiskemulighetene forsvinner, ferdsel i området hindres, eller anleggene kan ødelegge landskapsbildet.⁷² Konsekvensene viser seg både ved små og store vannkraftutbygginger.

⁷⁰ EP/Rdir. 2001/77/EF om fremme af elektricitet produceret fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet (fornybardirektivet), innlemmet i EØS ved EØS-komiteens beslutning 8. juli 2005 artikkel 2 bokstav a.

⁷¹ Se kapittel 3.5.3 og 3.8.2.1.

⁷² Torstein Eckhoff, *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*, Oslo 1983 (Eckhoff (1983)) side 207-209 og 219-225.

Det følger med andre ord et stort og mangfoldig spekter av konsekvenser med småkraftutbygging. Selv om disse konsekvensene kan være relativt omfattende, må man ikke glemme at de er langt mindre og som oftest av en annen karakter enn konsekvensene knyttet til kraftutbygging i tradisjonell skala. Regjeringens mål er at Norge skal være en miljøvennlig energinasjon og verdensledende innen utvikling av miljøvennlig energi. Et av de uttalte virkemidlene for å nå dette målet er økt utnyttelse av potensialet som ligger i opprusting av eksisterende vannkraftverk og bygging av små-, mini- og mikrokraftverk.⁷³

2.1.3 Distriktspolitiske og økonomiske hensyn

I en tid med synkende fortjeneste fra tradisjonelt jord- og skogbruk, er småkraftutbygging fra politisk hold tenkt å utgjøre en del av distriktenes utmarksstrategier. Småkraftutbyggingen kan representere en ny og alternativ utnyttelsesmulighet,⁷⁴ som kan bringe store verdier til distriktene.⁷⁵ For eksempel heter det i et av NVEs konsesjonsvedtak at

«De siste årene har det for mange blitt stadig vanskeligere å finne lønnsomhet i jordbruket. I tillegg er distriktene i Norge ofte preget av fraflytting og befolkningsnedgang. NVE mener det planlagte kraftverket kan være et bidrag til å styrke det lokale næringsgrunnlaget, og ser dette som positivt».⁷⁶

Videre har NVE i et konsesjonsvedtak vektlagt at «økonomien i tradisjonelt landbruk er svekka, og (...) utbygginga kan vere med på å styrke grunnlaget for busetnad på gardane (...)».⁷⁷

Det er likevel etter mitt syn berettiget å stille spørsmål ved om målsetningen om å gjøre småkraftutbygging til en grunneierbasert virksomhet, er nådd. Vi ser i dag antydninger til at enkelte utbyggingsprosjekter har blitt en del av den store kraftindustriens økonomiske virksomhet. Dette strider mot utgangspunktet om småkraftutbygging som et viktig bidrag til opprettholdelse av bosetning og utvikling av det lokale næringslivet.⁷⁸

⁷³ Se Soria Moria-erklæringen side 58 følgende om energipolitikken.

⁷⁴ Også andre utnyttelsesmåter kan representere alternativer til tradisjonelt jord- og skogbruk. Se NORSKOGs hjemmeside for mer informasjon. Tilgang: <http://www.norskog.no/?module=Articles;action=ArticleFolder.publicOpenFolder;ID=224;template=norskog>. (Benyttet: 11. august 2006).

⁷⁵ Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) side 6, første spalte med videre henvisninger.

⁷⁶ NVEs KTV-notater 9/2003 (Rivedal kraftverk) side 21 og 6/2006 (Vika kraftverk) side 18.

⁷⁷ KTV-notat 60/2002 (Kjetland kraftverk) side 23.

⁷⁸ Dette påpekes av Landsamanslutninga av vasskraftkommunar (LVK) i høringsuttalelse vedrørende heving av grensen for konsesjonsplikt etter ikl. fra 1000 til 4000 nhk, gjengitt i Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) på side 11.

Én mulig forklaring på utviklingen, er at investeringskostnadene forbundet med utbygging av småkraftverk kan være høye.⁷⁹ Dette kan være med på å vanskeliggjøre, eller i verste fall forhindre, at småkraftutbygging skjer som ren grunneierbasert virksomhet.

På den annen side er kostnadene som påløper etter at produksjonen er iverksatt relativt små. Produksjonsteknologien gir en sikker og fleksibel produksjon som kan styres i forhold til kraftbehovet til enhver tid.⁸⁰ Særlig er vedlikeholdskostnadene lave, samtidig som det ikke påløper drivstoffutgifter. Installasjonene kan dessuten benyttes i lang tid: De fleste vannkraftanlegg har en teknisk-økonomisk levetid på omkring 40 år. I denne perioden vil det i liten grad være nødvendig med utskiftning av installasjonene.⁸¹ Samlet sett gjør dette småkraftproduksjon attraktivt for tiltakshaverne, og blant det store antallet søknader hos NVE er det også mange grunneierinitierte prosjekter.

⁷⁹ Se kapittel 1.6.

⁸⁰ Det ligger likevel begrensninger i tilsiget, se kapittel 1.5.

⁸¹ Se nettsiden <http://www.small-hydro.com/index.cfm?fuseaction=welcome.whatis>. (Benyttet 11. august 2006).

3 Konesjonsbehandling etter vannressurslovens regler

3.1 Innledning

Temaet for denne delen av avhandlingen er konsesjonsrettslige problemstillinger etter vannressursloven. Innledningsvis redegjøres det for styringsmidlet konsesjon, og deretter i kapittel 3.3 for hvilke overordnede prinsipper som gjelder for vassdragsforvaltningen etter vannressursloven. Temaet for kapittel 3.4 er begrepene «allmenne» og «private» interesser, som er gjennomgående i lovens konsesjonsbestemmelser. Når disse interessene både er relevante og pliktige ved skjønnsutøving etter loven, er det viktig å se nærmere på begrepenes innhold.

Lovformålet forfølges gjennom myndighetsutøvelse i henhold til de materielle reglene. Som fremstillingen vil vise, skal konsesjonsspørsmål etter vannressursloven avgjøres i to trinn. Det første spørsmålet som behandles, er hvor grensene for konsesjonsplikten skal trekkes. Dette bestemmes som hovedregel av vresl. § 8, som gjennomgås under 3.5.

Dersom konsesjonsplikten utløses, trekkes vurderingen opp et nivå. Det neste vurderingstemaet blir hvorvidt konsesjon skal innvilges eller avslås. Her er både vresl. § 25 og reglene som oppstilles i eldirektiv II⁸² av interesse. Under 3.6 tar jeg opp hvilke momenter som er relevante ved denne vurderingen, og forsøker deretter under 3.7 å si noe om hvilken vekt de ulike momentene skal ha. Det som særlig skiller disse to trinnene i konsesjonsprosessen fra hverandre, er at vurderingen av om konsesjonsplikten inntreffer er snevrere enn vurderingen av om konsesjon skal innvilges, i den forstand at færre hensyn er relevante.

I kapittel 3.8 behandles adgangen til å knytte tyngende vilkår til innvilgelse av konsesjoner etter vannressursloven. Til slutt sammenligner jeg konsesjonsbestemmelsene i §§ 8 og 25 under 3.9.

⁸² EP/Rdir. 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om opphævelse af direktiv 96/92/EF (eldirektiv II), innlemmet i EØS ved EØS-komiteens avgjørelse nr. 146/2005 av 2. desember 2005 og gjennomført i norsk rett ved vedtak av Stortinget i plenum 6. juni 2006.

3.2 Konsesjon som styringsmiddel

Som avgrensningene under kapittel 1.3 viste, skal et omfattende regelverk sikre at resursutnyttelsen på vassdragssektoren skjer på en ønsket måte, nærmere bestemt en samfunnsmessig rasjonell utnyttelse i tråd med vannressurslovens bestemmelser. I norsk rett har man valgt å benytte det alminnelige forvaltningsrettslige kontroll- og virkemidlet konsesjon for å sikre gjennomføringen av dette målet. Systemet innebærer at det fastsettes et generelt forbud, som kan fravikes ved tildeling av tillatelser etter en konkret og individuell vurdering.⁸³

Et alternativ til kontroll gjennom konsesjonsordning er for eksempel å fastsette som et alminnelig utgangspunkt at alt som ikke er uttrykkelig forbudt, er tillatt. Sammenholdes disse alternative kontrollformene, står imidlertid fordelene ved bruk av en konsesjonsordning klart frem. Initiativet til å avgi nødvendig informasjon flyttes over til den som ønsker å iverksette et tiltak. Dette bidrar til å forenkle og smidiggjøre samarbeidet konsesjonsmyndigheten og tiltakshaveren imellom. Partene er som regel mer villige til å avgi informasjon om et planlagt tiltak dersom oppstart avhenger av innvilgelse av en tillatelse. Dette forenkler konsesjonsmyndighetens arbeid med innsamling av nødvendig informasjon vesentlig.⁸⁴

Den regeltekniske konstruksjonen er noe ulik i de forskjellige vassdragslovene: Konsesjonsordningene i vannressursloven og industrikonsesjonsloven følger den nevnte modellen, et forbud med adgang for konsesjonsmyndigheten til å gjøre unntak etter en individuell vurdering.⁸⁵ I vassdragsreguleringsloven har lovgiver på den annen side unnlatt å formulere et forbud, og i stedet gått rett på konsesjonsplikten.⁸⁶ Disse forskjellene må imidlertid bare anses som regeltekniske løsninger, og har ikke betydning for innholdet av konsesjonsplikten.

Hensikten med disse konsesjonsordningene er å sikre at det foretas en individuell vurdering av en handlings lovmessighet og konsekvenser. Formålet med at vassdragstiltakene⁸⁷ underlegges en slik forhåndskontroll varierer likevel mellom de ulike lovene på området, men dreier seg blant annet om å sikre at det foretas en avveining mellom ulike brukerinteresser og miljøhensyn, nasjonal kontroll over

⁸³ Hvorvidt andre løsninger enn forhåndskontroll gjennom konsesjonsbehandling kan tenkes å være hensiktsmessig, blir behandlet nærmere i kapittel 5.3. Se Backer (1987) side 14 flg.

⁸⁴ Katrine Broch Hauge, *Konsesjonsplikt for tiltak i vassdrag etter vassressurslova* § 8, Bergen 2003 (Hauge) side 7 og Eckhoff (1983) side 68-72.

⁸⁵ Jf. henholdsvis vresl. § 8 og kapittel 3.5, samt ikl. § 1 og kapittel 5.2.2.1.

⁸⁶ Jf. vregl. § 2 og kapittel 5.2.2.1.

⁸⁷ Begrepet defineres i vresl. § 3 bokstav a, se kapittel 3.5.1.

ressursene, konkurranse i markedet, forsyningssikkerhet, samt en sikker beredskap i gitte situasjoner.

Flere av konsesjonsordningene på vassdragssektoren kombinerer ulike typer styringsmidler.⁸⁸ I vannressursloven suppleres konsesjonsreglene av generelle krav til hvordan vassdragstiltak kan iverksettes, ved at det fastsettes hvilke virkninger et tiltak kan ha.⁸⁹ Begge disse styringsmidlene kan naturlig karakteriseres som normative – eller rettslige.

3.3 Overordnede prinsipper for vassdragsforvaltning etter vannressursloven

3.3.1 Vannressurslovens formålsbestemmelse

Vannressurslovens formål er «å sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann», jf. § 1.

Formålsbestemmelsens vage formuleringer og vide begreper gjør at den kan stå uendret på tross av at det skjer endringer på området den er satt til å regulere – enten det dreier seg om endringer i naturforhold eller i utnyttingsmåter.

Hvordan den nærmere utformingen av vresl. § 1 skulle skje, og hvilken betydning formålsbestemmelsen skulle ha, er diskutert i lovforarbeidene:

«Paragrafen angir lovens formål. Den vil ha betydning både for tolkningen av de enkelte bestemmelser i loven og for forvaltningens skjønnsutøving i medhold av loven. De myndigheter som skal praktisere loven, er derfor pliktige til å vurdere hvordan en sak skal løses i samsvar med formålet. Paragrafen utelukker likevel ikke at andre generelle hensyn er relevante og kan modifisere den løsning lovens formål alene skulle tilsi.»⁹⁰

Dette viser at § 1 er ment å skulle fungere både som et overordnet prinsipp for vassdragsforvaltningen etter vannressursloven, og som et supplement til de øvrige bestemmelsene ved at den angir vurderingsmomenter som er relevante ved vurderingen av enkeltsaker. Sagt på en annen måte skal vurderingene etter de øvrige bestemmelsene resultere i en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning.

⁸⁸ Generelt kan det skilles mellom fire hovedkategorier, nemlig normative, økonomiske, fysiske og pedagogiske styringsmidler. Vassdragsreguleringsloven og industrikonsesjonsloven kombinerer normative og økonomiske styringsmidler når konsesjonsordningene suppleres av hjemler til å fastsette vilkår om konsesjonsavgifter, næringsfond og konsesjonskraft, se NOU 1994: 12 side 130-132.

⁸⁹ Se Inge Lorange Backer, «Allmenne interesser i vassdragsaker» i artikkelsamlingen *Allmenne interesser ved konsesjonsbehandling og skjønn* 1987 side 9-46 (Backer (1987)) (på side 16).

⁹⁰ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 321.

Å angi lovens generelle formål i en egen formålsbestemmelse har blitt stadig vanligere.⁹¹ Utformingen av formålsbestemmelser kan skje på ulike måter, og det kan derfor ikke sies noe generelt om hvordan en slik bestemmelse kan eller skal forstås, annet enn at den i større eller mindre grad vil ha politiske og rettslige funksjoner. Formålsbestemmelser vil likevel vanligvis, på samme måte som vresl. § 1, være en overordnet tolkningsfaktor ved anvendelse av loven.

Det har vist seg å være nyttig at § 1 er utformet ved hjelp av fleksible og dynamiske begreper, idet utnyttelsesformene og -mønstrene i vassdragene har endret seg allerede i løpet av den korte tiden som har gått siden vedtakelsen av vannressursloven i 2001. Den viktigste endringen er den uttalte satsningen på småkraftverk, som har kommet til etter dette.⁹²

Man kan derfor stille spørsmål ved om hensynene som ligger til grunn for ressursforvaltningen gjør seg gjeldende på samme måte i dag som da loven ble vedtatt. Større kraftutbyggingsprosjekter behandles etter reglene i vassdragsreguleringsloven.⁹³ Vannressurslovens forarbeider kan tyde på at det ikke ble tatt høyde for at lovens betydning innen kraftsektoren skulle bli så stor som den er i dag.⁹⁴

Som et overordnet prinsipp skal bestemmelsen bidra til at ressursforvaltningen skjer i et samfunnsmessig helhetsperspektiv.⁹⁵ For konsesjonsmyndigheten er det viktig å sikre at forvaltning av vannressursene ikke bare skjer til det beste for en enkelt rettighetshaver. Dette resultatet kan bare oppnås om vassdragsmyndigheten evner å se ut over den enkelte sak som foreligger til avgjørelse. Myndigheten må ha i minne også andre tiltak som er, planlegges eller kan tenkes iverksatt. Det kan imidlertid være vanskelig å innhente en slik fullstendig oversikt over alle mulige prosjekter.⁹⁶

Slike vide formuleringer kan føre med seg flere ulemper. Faren for at bestemmelsen blir praktisert forskjellig av ulike myndigheter er til stede. For vannressurslovens del er likevel ikke faren for dette særlig stor, idet regelverket i all hovedsak forvaltes av NVE.⁹⁷ Videre kan bestemmelser av denne typen være

⁹¹ Se for eksempel lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom mv. (konsesjonsloven) § 1, lov 27. mai 2005 nr. 31 om skogbruk (skogbrukslova) § 1, og enl. § 1-2.

⁹² Se kapittel 1.1.

⁹³ Se kapittel 1.3 for videre henvisninger.

⁹⁴ Enkelte slike spørsmål besvares under kapittel 4, hvor temaet er problemstillinger som oppstår i forbindelse med konkurranse om utnyttelse av ressurser.

⁹⁵ Et helhetsperspektiv kan anlegges både ved å se forholdene lokalt under ett, og ved å se lokale forhold i sammenheng med nasjonale. Se kapittel 3.3.2.

⁹⁶ NVE har imidlertid undersøkt samtlige norske bekker og elver for å beregne gjennomsnittlig vannføring og dermed kartlegge mulighetene for småkraftutbygging, se NVE-rapport 19/2004.

⁹⁷ Se kapittel 1.6.

vanskelige å forholde seg til for de involverte aktørene – de ivaretar hensynet til aktørenes forutberegnelighet i liten grad.

Slike vage formuleringer har imidlertid også fordeler, som særlig består nettopp i at bestemmelsen ikke oppstiller en smørbrødtype over relevante hensyn. Formålsbestemmelsen er en rettslig standard, og sikrer at de hensynene som til enhver tid anses som samfunnsmessig viktige kan tas i betraktning.⁹⁸ Videre tvinges forvaltningen til selv å finne frem til og vurdere de hensyn som i den enkelte sak faktisk anses som relevante å vektlegge ut fra en vurdering av om de anses for å være samfunnsmessig viktige å sikre – selvfølgelig med de begrensningene som ligger i lovens bestemmelser for øvrig.

Det var dissens i Vassdragslovutvalget når det gjelder bestemmelsens nærmere utforming. Et mindretall gikk inn for å fremheve plikten til å vektlegge miljøhensyn ved forvaltning av loven. Mangelen på nærmere presisering i lovteksten kunne etter mindretallets syn risikere å komme i konflikt med viktige miljøhensyn og målet om bærekraftig utvikling.⁹⁹ Mindretallet fremmet derfor et forslag til en formålsbestemmelse med mer presis utforming.¹⁰⁰ Flertallets forslag ble imidlertid vedtatt i sin opprinnelige form.¹⁰¹

Forslagene skiller seg i realiteten ikke vesentlig fra hverandre. Hovedforskjellen er hvorvidt hensynet til miljøet skal fremstå som et overordnet formål, eller om det skal inngå som ett blant flere i vurderingen av om et tiltak er i overensstemmelse med det som anses som samfunnsmessig forsvarlig. Mindretallets forslag innebærer en forhåndsbestemt prioritering av miljøhensyn, slik at dette hensynet skulle ha størst vekt ved forvaltningen av vannressursloven.

Formålsbestemmelsens nærmere innhold må klargjøres ut fra en konkret tolkning. Begrepet «samfunnsmessig» omfatter for det første nettopp miljøhensyn. Dette hensynet har, blant annet som følge av en bevisst satsning fra myndighetenes side, fått en stadig mer fremtredende plass i vannressursforvaltningen.¹⁰² Også for eksempel vannressursenes betydning for ulike typer næringsutøving, herunder vannkraftproduksjon, utgjør en del av begrepet samfunnsmessig. Kraftutbygging representerer den viktigste økonomiske utnyttelsen av vannressursene i Norge, og har tradisjonelt hatt en svært privilegert stilling hos myndighetene. Innholdet av

⁹⁸ Begrepet rettslig standard behandles nærmere under kapittel 3.4.

⁹⁹ NOU 1994: 12 side 100, andre spalte.

¹⁰⁰ Mindretallets forslag til utforming av § 1 lød: «Denne lov har til formål å sikre en miljøforsvarlig forvaltning av vassdrag og grunnvann som tilgodeser samfunnets behov og enkeltmenneskers virksomhet og trivsel», se NOU 1994: 12 side 17, første spalte.

¹⁰¹ Jf. vresl. § 1.

¹⁰² St.meld. nr. 37 (2000-2001) pkt. 4.2.1.

begrepet har naturlig nok mye til felles med hensynene som begrunner en satsning på småkraftutbygging. Vassdragsforvaltningen står imidlertid fritt til å vektlegge også andre hensyn – alle de hensyn som til enhver tid anses som «samfunnsmessig» viktig å ivareta.¹⁰³

Slike hensyn er blant annet ivaretagelse av livsvilkårene for planter og dyr, lokal-klima, landskapsestetiske forhold, friluftsliv, kulturminneverdier samt rekreasjons- og opplevelsesmuligheter.¹⁰⁴ Videre omfattes også hensynet til å opprettholde en tilfredsstillende forsyningsikkerhet.¹⁰⁵ Det samme gjelder hensynet til å opprettholde bosetningen i utkantstrøk, og til å sikre næringsgrunlaget i lokal-samfunnet. Disse hensynene gjør seg i særlig grad gjeldende overfor kraft-produksjon i småkraftverk.

Som en overordnet rettskilde sikrer grunnloven § 110 b at vassdragene forvaltes forsvarlig ut fra et langsiktig perspektiv gjennom prinsippet om bærekraftig utvikling. Prinsippet innebærer at utviklingen ikke må medføre miljøbelastninger som overstiger naturens tålegrense og forringer eller setter i fare livsbetingelsene for fremtidige generasjoner.¹⁰⁶ Det kommer fullt til sin rett på vassdragssektoren, og kan dessuten også uttrykkes som et ønske om en samfunnsmessig optimal ressurs-utnyttelse. Selv om ikke prinsippet er direkte uttrykt i vannressursloven, skal § 1 sikre at disse hensynene ivaretas på en god måte.¹⁰⁷

3.3.2 Andre overordnede prinsipper

Tema her er et annet overordnet spørsmål, nemlig hvilke prinsipper som kan legges til grunn for utøvelse av myndighet etter vannressursloven, ut over de som angis i formålsbestemmelsen. Det sondres mellom to spørsmål. På den ene siden står valget mellom et brukerorientert eller et ressursorientert utgangspunkt, med andre ord et valg mellom ulike *lokale* perspektiver for vassdragsforvaltningen. På den annen side er det også nødvendig til å ta standpunkt til om lokale, regionale eller nasjonale hensyn skal tillegges størst vekt ved konsesjonsvurderingen.

Valget mellom et *brukerorientert* og et *ressursorientert* perspektiv får, så vidt jeg kan se, to konkrete utslag. Normene ligger for det første til grunn for den

¹⁰³ Se utvalgets flertall i NOU 1994: 12 side 100, andre spalte, Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 36 og ordlyden i vresl. § 1.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 321, første spalte.

¹⁰⁵ Mange av disse hensynene er å anse som «allmenne interesser», og dermed relevante også ved vurderingene etter konsesjonsbestemmelsene i §§ 8 og 25, se kapittel 3.4.

¹⁰⁶ Se NOU 1994: 12 side 115-116 med videre henvisninger.

¹⁰⁷ Prinsippet ligger til grunn for vresl. §§ 1, 10, 11 og 44 andre ledd andre punktum, men benyttes ikke i lovens konsesjonsbestemmelser, se NOU 1994: 12 side 119, første spalte.

regeltekniske utformingen av formålsbestemmelsen i § 1 og avveiningen det gis anvisning på i § 25. Samtidig kan man, som ved alle skjønnsmessige bestemmelser, stille spørsmål ved om avveiningene faktisk skjer i overensstemmelse med de retningslinjene som oppstilles. Den sistnevnte siden av spørsmålet blir ikke behandlet nærmere. Jeg legger derimot til grunn at forvaltningsorganene opptrer i overensstemmelse med den til enhver tid gjeldende lovgivning og øvrige politiske føringer.

Brukerorienterte regler søker å fremme en optimal fordeling av verdier mellom private parter. Oppmerksomheten konsentreres dermed om behovet for det tiltaket som planlegges gjennomført, eller om fordelene for den enkelte tiltakshaveren. Med et ressursorientert utgangspunkt søker man på den annen side å fremme en helhetlig forvaltning til samfunnets beste. I så fall fokuseres det sterkere på den samlede disponeringen av ressursen, og det tas utgangspunkt i hva ressursen kan tåle av inngrep og påvirkning når det skal tas stilling til hva slags disponering som skal tillates.¹⁰⁸

Umiddelbart kan det synes som om disse utgangspunktene er direkte motstridende, i den forstand at ikke begge kan gjøres gjeldende fullt ut. Taler miljøhensyn mot utbygging, mens hensynet til utbyggerens økonomi tilsier at utbygging bør tillates, må konsesjonsmyndigheten foreta en prioritering.

Disse utgangspunktene kan imidlertid også virke i et slags samspill. Et eksempel finnes i konsesjonsordningen i dagens vannressurslov. Som vi skal se, tilgodeser konsesjonsbestemmelsen i lovens § 25 verken den ene eller den andre synsmåten fullt ut. Bestemmelsen gir derimot anvisning på at både fordeler og skader/ulemper ved et tiltak skal tas i betraktning for å avgjøre konsesjonsspørsmålet. Både bruker- og ressursorienterte standpunkter kan i utgangspunktet tas. Vannressursloven som en helhet er likevel sterkere ressursorientert enn det vassdragsloven 1940 var, en tendens som gjelder lovgivning og annet regelverk også for øvrig på området.¹⁰⁹ Dette viser seg blant annet gjennom at miljøhensyn har blitt vektlagt i stadig større grad. Videre viser det seg gjennom utformingen av § 25: Fordelene må overstige skader eller ulemper for at konsesjon skal kunne innvilges – ikke omvendt.

Vassdragsforvaltningen må ses som en helhet, men det er likevel ikke nødvendig at all lovgivning på området velger samme løsningen når det gjelder overordnede prinsipper for forvaltningen. Valget mellom de ulike løsningene beror derimot på

¹⁰⁸ NOU 1994: 12 side 127, første spalte.

¹⁰⁹ NOU 1994: 12 side 127-128.

hvilke oppgaver loven er satt til å ivareta; for vannressurslovens del en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdragene.¹¹⁰

Det er nærliggende å basere vassdragsforvaltningen på et brukerorientert utgangspunkt om man ønsker å stimulere til iverksettelse av nye tiltak for å utnytte vannressursene. Dette synet vil imidlertid lett føre til at hvert tiltak vurderes for seg, noe som igjen kan medføre at vassdraget overutnyttes eller utnyttes på en måte som ikke er optimal ut fra et helhetsperspektiv. På den annen side kan ensidig ressursorientering virke hemmende på private initiativ for utnyttelse av vannressursene, og på den måten medføre at vassdragene blir liggende uutnyttet, samt at distriktpolitiske målsetninger vanskeligere lar seg gjennomføre.¹¹¹

Selv om utformingen av vannressurslovens regler etter mitt syn bør benytte en kombinasjon av de to utgangspunktene, bør en viss overvekt av ressursorienterte synspunkter likevel fremmes. På denne måten tilrettelegges det for at vassdragsforvaltningen ses som en helhet både med tanke på geografiske forhold og ulike offentlige myndigheters kompetanseområder. Konesjonsmyndigheten på vassdragsområdet er riktignok stort sett samlet på en hånd. Det er likevel slik at også tiltak som forvaltes av andre myndigheter, for eksempel boligutbygging eller jordvanningsanlegg, kan påvirke forholdene i eller rundt vassdraget på en slik måte at småkraftutbygging ikke bør tillates.

En total samordning av forvaltningen for å unngå dette problemet kan vanskelig tenkes, men en overvekt av ressursorienterte holdninger i beslutningsprosessen kan være hensiktsmessig.

Disse kolliderende tankesettene kan være med på å forklare hvorfor det er vanskelig å finne løsninger på nye situasjoner som har oppstått. Hvilken linje man legger seg på i ressursforvaltningen er til enhver tid gjenstand for vurdering, og resultat av en avveining mellom ulike motstridende interesser. Konfliktene trekkes på denne måten opp på et høyere nivå, og det blir nødvendig å prioritere mellom for eksempel verdiskapning på den ene side og opprettholdelse av bosetning i distriktsområder og bærekraftig utvikling av naturressursene på den andre. Det er klart at disse prioriteringene må gå på bekostning av en av interessene, men en optimal ressursforvaltning søker å finne en balansert løsning.

Valget mellom å vektlegge lokale, regionale eller nasjonale forhold har en annen karakter enn valget mellom perspektivene som har vært gjenstand for behandling hittil i dette kapitlet. Den omfattende politiske styringen som ligger til grunn for utviklingen på vassdragssektoren preger beslutningsprosessen, og viser seg kanskje aller tydeligst ved denne avveiningen.

¹¹⁰ Jf. vresl. § 1 og kapittel 3.3.2.

¹¹¹ NOU 1994: 12 side 127-128.

Fremmes lokale hensyn, vil særlig miljøvirkninger i og rundt vassdraget, samt fordeler i form av opprettholdt bosetning og lokalt næringsliv veie tungt i beslutningsprosessen. Om man derimot ser hen til regionale eller nasjonale hensyn, vil perspektivene trekkes opp et nivå. Hensynet til å ivareta en tilfredsstillende forsyningssikkerhet, sikre ivaretagelsen av representative vassdragsverdier m.v. vil i så fall veie tyngre. I denne sammenheng spiller miljøhensyn som regel en mindre fremtredende rolle, og vurderes gjerne som del av hensynet til å bevare representativ vassdragsnatur (vernevurderinger).

Prioriteringen mellom disse forvaltningsperspektivene må avgjøres konkret etter de politiske føringene som gjelder til enhver tid. Enkelte typetilfeller står imidlertid også her klarere enn andre. For eksempel vil ordlyden i § 25 medføre at en konsesjonssøknad må avslås dersom hensynet til lokale allmenne interesser taler imot utbygging, selv om nasjonale hensyn til forsyningssikkerhet eller økt elektrisitetsproduksjon taler for at utbygging bør tillates i den aktuelle regionen.

3.4 Allmenne og private interesser

Hensynet til «allmenne interesser» er sikret en sentral plass i vannressurslovens konsesjonssystem:¹¹² Vurderingstemaet etter § 8 er hvorvidt et tiltak kan være til «nevneverdig skade eller ulempe for noen allmenne interesser», mens det i § 25 på den annen side heter at konsesjon kan gis hvis «fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser». Vurderingstemaet er med andre ord hvilke *negative virkninger* et kraftutbyggingstiltak kan påføre allmenne og private interesser.

Jeg tar først for meg innholdet i begrepet «allmenne interesser», som er grundig diskutert i forarbeidene til vannressursloven og i juridisk litteratur.¹¹³ Vassdragslovutvalgets gjennomgang av begrepet viser at det brukes på svært ulike rettsområder. Fordelen med begrepet er at det «er fleksibelt og åpner for utviklingsmuligheter med hensyn til begrepets innhold».¹¹⁴ Vi står med andre ord overfor en rettslig standard – et begrep hvis innhold utvikler seg fortløpende slik at det ivaretar de interesser som til enhver tid anses å falle inn under standarden. Behovet for slike

¹¹² Allmenne interesser kan også ivaretas ved utøvelse av rettslig klageinteresse etter lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven eller fvl.) § 28. Se også NOU 1994: 12 side 125, andre spalte.

¹¹³ Se NOU 1994: 12 side 120 flg., Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 28-30 og 48-52, Backer (1987) på side 11 flg., Falkanger og Haagensen (red.) side 67-71 og Jon T. Johnsen, «Håndheving av almene interesser» i *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festschrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo 1986 side 387-401 (Johnsen).

¹¹⁴ Utvalgets flertall i NOU 1994: 12 side 126, første spalte. Sml. kapittel 3.3.1 om vresl. § 1.

fleksible begreper har som nevnt tidligere gjort seg særlig gjeldende som følge av utviklingen fra store til mindre kraftutbyggingsprosjekter.

Begrepet rettslig standard brukes om ord eller uttrykk i en lovtekst som viser til en målestokk som ligger utenfor teksten selv. Det er særlig tre elementer som skiller rettslige standarder fra andre skjønsmessige ord og uttrykk: Lovteksten inneholder en målestokk, denne målestokken fylles ut av andre enn rettsanvenderen, og standarden skifter innhold etter hvert som målestokken endrer seg.¹¹⁵ Det er klart at begrepet «allmenne interesser» har disse kjennetegnene, og er en rettslig standard.

Begrepet «allmenne interesser» defineres ikke i vannressurslovens forarbeider – en naturlig forlengelse av at det er en rettslig standard. Som for rettslige standarder flest, er det enighet om kjernen i begrepet, samtidig som det er stor usikkerhet rundt begrepets ytre grense.¹¹⁶ I utgangspunktet må begrepet tolkes relativt vidt når det brukes i forbindelse med en konsesjonsordning, såfremt det ikke er holdepunkter for en innskrenkende tolkning.¹¹⁷ Det nærmere innholdet må likevel fastlegges konkret i relasjon til vannressurslovens bestemmelser, småkraftutbyggingssituasjonen og hvilke hensyn som særlig gjør seg gjeldende. Overordnede rammer oppstilles gjennom § 1 når det heter at lovens formål er å «sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann»: Interessene må være av samfunnsmessig betydning for å regnes som allmenne.

Én måte å karakterisere allmenne interesser på, er at de gjennomgående kjennetegnes ved at:

- «1) Interessen må ha en viss utbredelse – det må være mange som kan identifisere seg med den.
- 2) Ikke-økonomiske aspekter er vel så viktige som økonomiske.
- 3) Den almene interessen korresponderer ikke nødvendigvis med enkeltpersoners egeninteresse – eller bare ganske svakt. De almene interessene er noe annet eller noe mer enn summen av de individuelle.»¹¹⁸

Jeg er enig i at allmenne interesser er noe annet enn summen av de individuelle. Det er likevel hensiktsmessig å avgrense begrepet ved å trekke en nedre grense mot de interessene man gjerne betegner som «private».¹¹⁹ Slike interesser har gjerne betydning for en enkelt part eller et begrenset antall personer som ikke driver

¹¹⁵ Erik Boe, *Innføring i juss. Bind I: Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo 1993 (Boe (1993)) side 203-204.

¹¹⁶ NOU 1994: 12 side 123, første spalte og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 104.

¹¹⁷ NOU 1994: 12 side 122, første spalte.

¹¹⁸ Johnsen side 387-388.

¹¹⁹ Videre er begrepet allmenne interesser videre enn hva som anses som *offentlige interesser*.

omfattende virksomhet av stor samfunnsmessig betydning.¹²⁰ Synspunktet fremheves også i forarbeidene til vannressursloven, hvor det heter at det er klart at «rent individuelle interesser faller utenfor, i det minste om de er knyttet til subjektive rettigheter med en identifisert rettighetshaver».¹²¹ Så vidt jeg kan se, kan likevel private interesser bli å anse som allmenne dersom de samlet sett får betydning for mange berørte enkeltindivider.¹²²

Vassdragslovutvalget foreslo at også hensynet til *private interesser* skulle kunne utløse konsesjonsplikt etter vresl. § 8. Begrunnelsen for forslaget var at det ville bidra til en regelteknisk forenkling og være ressursbesparende å ikke måtte trekke den vanskelige grensen mellom allmenne og private interesser.¹²³

Forslaget ble støttet av flere instanser. Det ble gjennomgående ansett for å være positivt at forslaget ville ha medført en senket terskel for konsesjonsplikt sammenholdt med vassdragsloven 1940.¹²⁴ Dermed ville vassdragsmyndighetene kunne se flere mindre inngrep i sammenheng, og på den måten hindre forringelse av vassdragsmiljøene bit for bit.¹²⁵ Denne fordelingen ville ha blitt stadig mer fremtredende med den utstrakte utbyggingen av mindre kraftverk.

Som ordlyden i vresl. § 8 viser, ble ikke forslaget om å la hensynet til private interesser utløse konsesjonsplikt vedtatt. Hensynet er derfor bare relevant ved § 25-vurderingen.¹²⁶ I vedtakelsesprosessen var det avgjørende særlig at ressursbesparelseresonnementet ikke holder mål når konsesjons- og rettspraksis gir rimelig gode holdepunkter for hva som regnes som allmenne interesser, både generelt, og for konsesjonssaker etter vannressursloven spesielt.¹²⁷

NVEs konsesjonspraksis danner et naturlig utgangspunkt for å si noe mer om innholdet av begrepet allmenne interesser.¹²⁸ Som det fremgår der, har en rekke av skadene og ulempene som påføres allmenne interesser som følge av kraftutbygging en felles årsak: De oppstår som følge av vannføringsendringer.¹²⁹ Selv om

¹²⁰ NOU 1994: 12 side 122, første spalte.

¹²¹ NOU 1994: 12 side 123, første spalte.

¹²² Se NVE-veileder 1/2002 side 10.

¹²³ NOU 1994: 12 side 170, første spalte.

¹²⁴ Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 100 flg. Miljøverndepartementet og Direktoratet for naturforvaltning nevnes som særlig positive ut fra den nevnte begrunnelse.

¹²⁵ Miljøverndepartementets høringsuttalelse gjengitt i Ot. prp. nr. 39 (1998-1999) på side 100.

¹²⁶ Se kapittel 3.6 og 3.9.

¹²⁷ Se Ot. prp. nr. 39 (1998-1999) side 104, og Innst.O. nr. 101 (1999-2000).

¹²⁸ Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 104, første spalte.

¹²⁹ Som gjennomgangen under kapittel 3.5.3 vil vise, er det gitt egne regler for å sikre at vannføringen opprettholdes på et nivå som ikke er skadelig for omgivelsene. Se dessuten kapittel 3.8.2.1 om adgangen til å fastsette vilkår.

småkraftverk uten konsesjonspliktige reguleringsmagasiner jevnt over er lite inngripende, påvirker all kraftproduksjon vannføringen i vassdraget.

Blant de allmenne interessene som gjerne påvirkes som følge av vannføringsendringer, er det biologiske mangfoldet i og rundt vassdraget. Verdifullt biologisk mangfold finnes i en rekke vassdrag, og refererer til at vassdraget er sjeldent, særlig representativt eller spesielt artsrikt, eller at det er et leveområde for sjeldne, sårbare eller truede arter.¹³⁰ Påvirkningsmulighetene er mange. Også fiskemuligheter representerer allmenne interesser som vil kunne bli forringet dersom fiskens levegrunnlag forsvinner som følge av slike endringer.

Det estetiske inntrykket av vassdraget er en viktig allmenn interesse som står i stor fare for å påvirkes i negativ retning ved kraftutbygging. Det legges stor vekt på å bevare de estetiske verdiene som ligger i at urørte elveleier er vakre å se på eller avgir en sjarmerende fossedur. Sammenlignes naturtilstanden med et ferdig utbygd vassdrag, finner man en målestokk på hvor stort inngrepet er. Den negative siden dreier seg om hvor inngripende utbyggingen er, det vil si hvor synlig rørgater eller overføringsledningene er, eller hvor støyende produksjonsapparatene vil være fra allment tilgjengelige områder i nærheten.

Som regel er også miljøvern hensyn, naturvern, vitenskapelige interesser, lokal-samfunnets interesser, samt friluftsinnteresser å anse som allmenne.¹³¹ Å lage en uttømmende oppregning av hvilke interesser som er å anse som «allmenne» er ikke mulig. Jeg velger derfor å ikke angi flere interesser her, men viser til kapittel 3.6. Der gjennomgås en del momenter som kan være relevante ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges. Mange av disse momentene representerer allmenne interesser.

Et særlig spørsmål er imidlertid hvorvidt hensynet til effektiv ressursutnyttelse kan tenkes å utgjøre en allmenn interesse etter vannressursloven. Spørsmålet er med andre ord hvorvidt hensynet til effektiv ressursutnyttelse kan utløse konsesjonsplikten eller være relevant ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges. Fra myndighetenes side er det enighet om at dette er tilfelle.¹³² Jeg vil likevel se nærmere på hvorvidt synspunktet er fornuftig, og også hvorvidt spørsmålet stiller seg forskjellig for de to konsesjonsbestemmelsene i vannressursloven.

¹³⁰ NVE-veileder 1/2004: *Dokumentasjon av biologisk mangfold ved bygging av småkraftverk (1-10 MW)* side 7.

¹³¹ Falkanger og Haagensen (red.) side 263.

¹³² OED og energi- og miljøkomiteen, Se Innst.O. nr. 101 (1999-2000) Merknader fra Komiteen, under overskriften «Allmenne interesser/omsynet til effektivitet».

I forarbeidene diskuteres spørsmålet primært i relasjon til konsesjonspliktsvurderingen i § 8. Den tenkte situasjonen er særlig at utbygging av et mikro- eller minikraftverk kommer i konflikt med en mer optimal utnyttelse av vannkraften. Utbyggingen kan på denne måten vanskeliggjøre fremtidig utbygging av et større kraftverk, som ville ha representert en bedre ressursutnyttelse.¹³³ Problemstillingen som drøftes er med andre ord hvorvidt bygging av dette mikro- eller minikraftverket, som ikke i seg selv utløser virkninger for allmenne interesser i tradisjonell forstand, likevel må anses for å gjøre det på grunn av hindringene som oppstår for fremtidig utnyttelse.

Forarbeidene er relativt klare. Det er derfor naturlig å hevde at hensynet til effektiv ressursutnyttelse bør kunne utløse konsesjonsplikten etter § 8, selv om ikke et planlagt kraftverk påvirker allmenne interesser i tradisjonell forstand. En motsatt løsning ville medføre at kraftverk som ikke fremmer en samfunnsmessig bruk og forvaltning av vassdraget kunne iverksettes fritt. Dette ville ha vanskeliggjort målsetningene i lovens formålsbestemmelse.

En samlet energi- og miljøkomité presiserer i innstillingen til Odelstinget i forbindelse med vedtakelsen av vannressursloven at hensynet til optimal kraftproduksjon bare er ett av flere eksempler på hva som kan regnes som effektiv ressursbruk.¹³⁴ Det kan derfor tenkes at mulige konflikter med andre former for utnyttelse, for eksempel mulighetene for å ta ut vann til jordvanning, også kan utløse konsesjonsplikten. Så vidt jeg kan se er det ingen grunn til å behandle slike tilfeller annerledes enn det eksempelet som eksplisitt er nevnt i forarbeidene.

En annen side av spørsmålet er som nevnt hvorvidt hensynet til effektiv ressursutnyttelse omfattes av ordlyden i § 25. Dette er mer tvilsomt. Bestemmelsen åpner som jeg så vidt har nevnt, og som kapittel 3.6 vil vise, for en langt bredere og mer helhetlig vurdering av tiltakets konsekvenser. Det er dessuten adgang til å vektlegge hensyn som ikke er rent lokale. Behovet for å la hensynet til effektiv ressursutnyttelse være omfattet av allmenne interesser er derfor ikke til stede slik som for § 8-vurderingens del. Disse hensynene ivaretas her under formålsbestemmelsen og den helhetsvurderingen § 25 gir anvisning på. Jeg mener derfor at begrepet allmenne interesser i § 25-vurderingen ikke bør tøyes så langt som til å omfatte effektiv ressursutnyttelse.

¹³³ Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 104, andre spalte og merknadene til § 8 side 327-328.

¹³⁴ Innst.O. nr. 101 (1999-2000), Merknader fra Komiteen, under overskriften «Allmenne interesser/omsynet til effektivitet».

3.5 Grensen for konsesjonspliktens inntreden

3.5.1 Innledning – kort om vannressursloven § 8

Det første spørsmålet som oppstår i relasjon til en konsesjonsordning, er hvor grensene for konsesjonsplikten skal trekkes. Dette første trinnet i konsesjonsordningen etter vannressursloven angis i § 8, hvor det heter at

«[i]ngen må iverksette vassdragstiltak som kan være til nevneverdig skade eller ulempe for noen allmenne interesser i vassdraget eller sjøen, uten at det skjer (...) med konsesjon fra vassdragsmyndigheten».

Vi står med andre ord overfor en tiltakskonsesjon: Konsesjonsplikten utløses i visse tilfeller ved iverksettelse av nærmere bestemte tiltak i vassdraget. Overdragelse og erverv av anlegg er på den annen side ikke konsesjonspliktige handlinger.¹³⁵ Når vassdrag er definert som «alt stillestående eller rennende overflatevann med årssikker vannføring», er de fleste vannløp og vannansamlinger omfattet av bestemmelsens virkeområde.¹³⁶

Begrepet «vassdragstiltak» er definert i vresl. § 3 bokstav a, og omfatter

«vassdragsanlegg og alle andre tiltak i vassdraget som etter sin art er egnet til å påvirke vannføringen, vannstanden, vassdragets leie eller strømmens retning og hastighet eller den fysiske og kjemiske vannkvaliteten på annen måte enn ved forurensning».¹³⁷

Videre defineres «vassdragsanlegg» som «bygning eller konstruksjon i eller over vassdrag», jf. § 3 bokstav b.¹³⁸ Småkraftproduksjon er i dag den mest aktuelle konsesjonsbelagte utnyttelsesformen.

Som vi ser av definisjonene i § 3 bokstavene a og b, samt konsesjonsbestemmelsen i § 8, er virkeområdet vidt og ordlyden formulert relativt vagt. Dette er en naturlig konsekvens av at bestemmelsene skal favne over en rekke ulike tiltak, og skjer på bekostning av bestemmelsenes presisjon og forutsigbarheten for aktørene. Utgangspunktet modifiseres likevel noe ved at vurderingstemaene etter bestemmelsen er snevre: Konsesjonsplikt kan bare utløses av kvalifiserte, negative virkninger av det planlagte tiltaket. Hva som ligger i kravet til «nevneverdig skade

¹³⁵ Ny eier må likevel tre inn i konsesjonen med de begrensninger og plikter som følger av loven og vilkårene som er fastsatt, jf. Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 131-132. Objektet etter *tiltakskonsesjoner* er en nærmere bestemt handling, mens *ervervskonsesjoner* oppstiller konsesjonsplikt for nærmere bestemte erverv. Det fins også konsesjoner knyttet til utøvelse av *bestemte næringer*. Se NOU 1994: 12 side 166 første spalte.

¹³⁶ Jf. vresl. § 2 og Falkanger og Haagensen (red.) side 101.

¹³⁷ Se NOU 1994: 12 side 51-52 og boks 3.1 for en oversikt over aktuelle tiltak i vassdrag.

¹³⁸ Også for eksempel uttak eller tilførsel av vann, samt ferdsel utover det som er tillatt etter friluftsløven kan være konsesjonspliktig, se Falkanger og Haagensen (red.) side 101.

og ulempe» blir behandlet under 3.5.2. Videre er må virkningene etter ordlyden i § 8 vise seg i «vassdraget eller sjøen» for å kunne tas i betraktning.

Har et tiltak bare virkninger i nedbørfeltet,¹³⁹ utløses derfor ikke konsesjonsplikten. Hvorvidt virkninger også i nedbørfeltet skulle være omfattet av § 8, ble vurdert av Vassdragslovutvalget. OED fant det imidlertid nødvendig å begrense konsesjonsplikten til å omfatte tiltak med mer direkte virkninger for vassdraget. Begrunnelsen som ble gitt, var at konsesjonsplikten i motsatt fall ville ha blitt utvidet på en slik måte at også tiltak som mer naturlig hører under andre offentlige organer enn vassdragsmyndigheten, ville blitt konsesjonspliktige etter vannressursloven.¹⁴⁰

3.5.2 Vassdragstiltak som «kan være til nevneverdig skade eller ulempe»

Vi har sett at vresl. § 8 krever konsesjon for alle vassdragstiltak som kan være til «nevneverdig skade eller ulempe for noen allmenne interesser». Bestemmelsen innebærer at skadene og ulempene må oppstå som en følge av vassdragstiltaket for å være relevante ved konsesjonspliktsvurderingen.¹⁴¹ Videre må de relatere seg til allmenne interesser i vassdraget eller sjøen, og samtidig være av en kvalifisert form – med lovens ord «nevneverdig». Innholdet av begrepet allmenne interesser er behandlet under kapittel 3.4 ovenfor, og det vises til fremstillingen der. Presentasjonen konsentreres her om hva som ligger i kravet til «nevneverdig skade eller ulempe».

Innholdet av begrepene «skade» og «ulempe» er ikke nærmere beskrevet eller definert i forarbeidene. For å fastlegge innholdet nærmere, må vi ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av begrepene. Det er naturlig å si at «skade» først og fremst omfatter fysiske påvirkninger, mens «ulempe» også tar opp i seg andre typer påvirkninger som ikke manifesterer seg i noe fysisk. Som Brekken m.fl. påpeker, er det naborettslige regelverket, hvor begrepsparet skade og ulempe er innarbeidet, et

¹³⁹ Nedbørfeltet er området rundt vassdraget som har avløp til et vassdrag. Avrenning herfra er en hovedfaktor for forholdene i vassdraget. Tiltak i nedbørfeltet kan derfor påvirke forholdene i vassdraget. Påvirkning kan imidlertid også skje den andre veien, fra vassdraget til nedbørfeltet. Se NOU 1994:12 side 107-110.

¹⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 102-103. Vresl. § 8 suppleres av bestemmelser som gjelder spesifikke tiltak og angir grensen for konsesjonsplikten ved bruk av mindre skjønnsmessige begreper. Se vresl. § 12 (meldeplikt for gjenoppsettingstiltak), § 16 (allmennhetens rådighet over vassdrag), § 15 (grunneiers rett til vannuttak), § 21 (gjenoppføring), §§ 34-35 (vernede vassdrag) og § 41 (nedlegging).

¹⁴¹ Vi står overfor et alminnelig årsakskrav, se Hauge side 76-77.

naturlig sammenligningsgrunnlag.¹⁴² Bugge anlegger et tilsvarende synspunkt når han lar naborettslig regulering danne utgangspunkt for tolkning av det tilsvarende begrepsparet i forurensningsloven § 6.¹⁴³

Så vidt jeg kan se er reguleringen på naborettens område sammenfallende med den språklige forståelsen av ordlyden jeg har lagt til grunn.¹⁴⁴

Det kreves videre at skadene og ulempene er av en viss styrke – at de er nevneverdige. Formuleringen er utpreget skjønnsmessig. Hvilke påvirkninger som oppfyller disse kravene, må avgjøres ut fra en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det vil derfor ikke la seg gjøre for meg å oppstille en absolutt grense for konsesjonsplikts inntreden basert for eksempel på kraftverkets størrelse i installert effekt.

I forarbeidene ble det imidlertid vurdert hvorvidt man skulle unnta vassdragstiltak under en viss størrelse fra konsesjonsplikten – med andre ord om man skulle sette en fast målestokk for konsesjonsplikts grense, uten å gi rom for skjønnsutøvelse under avgjørelsen. Denne løsningen ble avvist som lite egnet for vannressursforvaltningen.¹⁴⁵

Begrepet *nevneverdig* er valgt for at ikke konsesjonsmyndigheten skal måtte befatte seg med saker som nærmest er å betrakte som bagateller.¹⁴⁶ At enkelte mikro- og minikraftverk ikke utløser konsesjonsplikt, innebærer at de kan starte opp sin virksomhet uten å gå gjennom konsesjonsprosessen – en prosess som på grunn av NVEs saksbehandling kan ta lang tid.¹⁴⁷

Dersom man forutsetter en ubegrenset ressurstilgang hos konsesjonsmyndigheten – noe som er langt fra den reelle situasjonen – kan det hevdes at den optimale situasjonen ville ha vært konsesjonsbehandling av samtlige tiltak. Dette ville likevel ikke være mulig å forene med forvaltningsrettslige prinsipper om effektivitet. Samtidig tilsier hensynet til de berørte aktører, samfunnsøkonomi m.v. at tilfeller som åpenbart ikke medfører store skader unntas fra konsesjonsbehandling. Denne utformingen ble lagt til grunn som en nærmest selvfølgelig ordning i forarbeidene til vannressursloven. Det ble fremhevet at virkningene av et tiltak ikke bare avhenger av størrelsen på selve tiltaket, men også av forholdene i vassdraget hvor tiltaket utføres. Klassifisering av et tiltaks virkninger ut fra objektive, formelle,

¹⁴² Ola Brekken m.fl., *Vannressursloven, Kommentarutgave*, Oslo 2001 (Brekken m.fl.) s. 55.

¹⁴³ Hans Chr. Bugge, *Forurenseren skal betale, De alminnelige regler i norsk rett om kostnadsansvar ved forurensning*, Oslo 1997 (Bugge) side 230 flg.

¹⁴⁴ Se Thor Falkanger, *Tingsrett*, 5. utgave, Oslo 2000 (Falkanger) side 336-338.

¹⁴⁵ NOU 1994: 12 side 169. Se også kapittel 5.

¹⁴⁶ NOU 1994: 12 side 170, andre spalte.

¹⁴⁷ NVEs saksbehandlingstid har til tider vært på over ett år, se *Energi* nr. 12/2005, side 7.

forhåndsfastsatte kriterier uten rom for skjønnsutøvelse ble ansett å være lite egnet for forvaltningen av vannressursloven. Bakgrunnen er særlig at en slik klassifisering vil kunne slå beina under selvstendige, konkrete, vurderinger av virkningene av et tiltak.¹⁴⁸

Det neste spørsmålet er hvor sannsynlig det må være at de aktuelle skadevirkninger inntreffer før konsesjonsplikten utløses, jf. uttrykket «kan være» i § 8. Avgjørelsen må skje ut fra en konkret, samlet vurdering av skadevirkningenes størrelse og sannsynligheten for at de inntreffer. Motivene gir uttrykk for at det skal overlates til praksis rundt bestemmelsen å fastsette den nærmere sannsynlighetsgraden som kreves før konsesjonsplikten utløses. Uansett er det vanskelig å angi en bestemt grad av sannsynlighet som alltid er nødvendig og tilstrekkelig til å ivareta hensynene som skal forvaltes gjennom vannressursloven.

Generelt er det likevel slik at et tiltak lettere vil falle utenfor konsesjonsplikten dersom skadevirkningene blir mer hypotetiske og fjerne. For eksempel vil konsekvenser i sjøen vanskeligere utløse konsesjonsplikt enn skader i selve vassdraget, selv om skader/ulemper i begge disse områdene er relevante ved § 8-vurderingen. Det åpnes også for at vassdragsmyndigheten i grensetilfeller kan prioritere saker i lys av de tilgjengelige saksbehandlingsressurser. Slik prioritering er særlig aktuelt dersom det er uklart hvorvidt tiltaket kan være til slik skade eller ulempe.¹⁴⁹ Disse synspunktene har gode grunner for seg.

Har konsesjonsmyndigheten tilgjengelige ressurser, vil det likevel ut fra miljøhensyn og hensynet til det enkelte vassdraget være ønskelig at det opereres med en lav terskel for når man anser at et tiltak «kan være» til nevneverdig skade. Tiltakene som faller utenfor konsesjonsplikten fanges riktig nok opp av byggesaksbestemmelsene i plan- og bygningsloven kapittel XVI, men det er likevel ikke alltid sikkert at konsekvensene utredes så grundig som ønskelig etter dette regelsettet.

Det kan også stilles spørsmål ved om det bør legges til grunn et «føre var»-prinsipp som utgangspunkt for sannsynlighetsvurderingen.¹⁵⁰ Tvilsomme tilfeller ville i så fall innkalles til konsesjonsbehandling, noe som etter mitt syn ville ha gode grunner for seg.¹⁵¹ På den annen side vil et slikt prinsipp kunne medføre en ulempe for tiltakshaverne, idet tiltakene kan bli unødige forsinket som følge av konsesjonsbehandlingen. Forsinkelsen kan også gjøre seg gjeldende overfor de

¹⁴⁸ Se NOU 1994: 12 side 169, første spalte.

¹⁴⁹ NOU 1994: 12 side 411, andre spalte.

¹⁵⁰ Se Hauge side 43 flg. for en nærmere redegjørelse.

¹⁵¹ Et slikt prinsipp gjelder dessuten ved konsesjonsvurderingen etter § 25, se kapittel 3.6.2.

positive følgene av vannkraftutbygging, for eksempel opprettholdelse av bosetning og økonomiske gevinster for tiltakshaverne og lokalsamfunnet.

Utgangspunktet er at hver enkelt utbygging vurderes for seg, samtidig som kriteriene i bestemmelsen må være oppfylt for hver enkelt utbygging. I forarbeidene heter det at

«Ved suksessive vassdragstiltak er utgangspunktet at hvert tiltak skal vurderes for seg i forhold til spørsmålet om konsesjonsplikt. De tidligere tiltak kan imidlertid medføre at det nye tiltaket utløser nevneverdig skade eller ulempe. Da må dette tiltaket ha konsesjon, selv om det isolert sett bare har en beskjeden påvirkning på vassdraget.»¹⁵²

Det er med andre ord den totale påvirkningen på vassdraget som er avgjørende for konsesjonspliktens inntreden, et synspunkt som kan slå uheldig ut for det tiltaket som akkurat «bikker» grensen. Hvorvidt det samme synspunktet kan legges til grunn i forbindelse med konsesjonsvurderingen etter § 25 blir behandlet nærmere under kapittel 4. Temaet der er problemstillinger som oppstår når flere tiltakshavere søker om tillatelse til å utnytte det samme vassdraget eller vannfallet.

3.5.3 Minstevannføring

Vresl. § 10 første ledd angir hovedregelen om at minst den alminnelige lavvannføring skal være tilbake ved uttak eller bortledning av vann. Det oppstilles dermed ytterligere skranker for hvilke inngrep som kan gjøres i vassdrag. Bestemmelsen er ikke en konsesjonsregel i egentlig forstand, men har, som gjennomgangen vil vise, indirekte betydning for konsesjonspliktens grenser.

Bestemmelsen har en side både til vannuttak som kan skje konsesjonsfritt, og til konsesjonspliktige tiltak.¹⁵³ Reglene om minstevannføring er aktuelle når vann tas ut eller føres vekk fra sitt naturlige leie i et vassdrag, eller når det i perioder holdes igjen bak en demning. Felles for disse tiltakene er at den naturlige vannføringen lenger ned i vassdraget reduseres eller blir borte.¹⁵⁴ I praksis har reglene størst betydning for kraftproduksjonsinteressene i vassdraget.¹⁵⁵

Paragraf 10 krever at «minst den alminnelige lavvannføring» skal være tilbake ved uttak eller bortledning av vann som reduserer vannføringen i et vassdrag med

¹⁵² Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 328, første spalte.

¹⁵³ NOU 1994: 12 side 414, andre spalte.

¹⁵⁴ NOU 1994: 12 side 141, første spalte.

¹⁵⁵ Brekken m.fl. side 66. Bestemmelsen gjelder imidlertid generelt for alle slags inngrep i vassdrag, og omfatter således også eksempelvis uttak til vannforsyning, jordvanning eller fiskeoppdrett, se Falkanger og Haagensen (red.) side 94.

årssikker vannføring.¹⁵⁶ Konesjonsplikten utløses ved overtredelse av dette kriteriet. Bakgrunnen og begrunnelsen for bestemmelsen er det store inngrepet fjerning av vannet i et vassdrag representerer for omgivelsene. NVE har formulert det slik: «reduisert vannføring er det elementet som gir permanent, negativ endring av vassdragets referanseverdi og vassdragstilknyttet naturmiljø».¹⁵⁷

Bestemmelsen er indirekte med på å angi grensen for konesjonsplikten etter vannressursloven, idet den eneste muligheten for å belaste vannføringen ut over den alminnelige lavvannføringen er gjennom konesjon: Det vil være en presumsjon for at tiltak som belaster vannføringen ut over den alminnelige lavvannføringen er til skade eller ulempe for allmenne interesser, og dermed konesjonspliktige. Hvilket vannføringsnivå som er kritisk, kan likevel variere. Med andre ord kan uttak som er innenfor den alminnelige lavvannføringen, likevel tenkes å kunne medføre nevneverdige skader/ulemper, og dermed utløse konesjonsplikten etter § 8.¹⁵⁸

3.5.4 Vernede vassdrag

De alminnelige konesjonsreglene i vannressursloven gjelder i utgangspunktet for alle tiltak i alle vassdrag. I tillegg er det fastsatt særlige regler i lovens kapittel 5 som bare gjelder for tiltak i vassdrag som er vernet ved Stortingets verneplaner eller andre stortingsvedtak om vern.¹⁵⁹ Her lovfestes vassdragsvernet, og det heter blant annet i § 34 at ingen «må foreta kraftutbygging i strid med Stortingets vedtak om vern av vassdrag». Dette er egentlig en stadfesting av det som allerede følger av vernevedtakene, som rettslig sett er instruksjer til forvaltningen om ikke å tillate konesjonspliktige kraftutbyggingstiltak i vernede vassdrag. Som nevnt under kapittel 1.3, er ikke vernevedtakene direkte bindende for privatpersoner. De skal derfor ikke påvirke adgangen til å bygge ut konesjonsfrie tiltak i vernede vassdrag. Det er særlig mikrokraftverk, og i noen tilfeller også minikraftverk, som kan tenkes bygget ut konesjonsfritt i vernede vassdrag.

¹⁵⁶ Årssikker vannføring defineres i vresl. § 3 bokstav c som «vannføring som ved middeltemperatur over frysepunktet ikke tørker ut av naturlige årsaker oftere enn hvert tiende år i gjennomsnitt». Reglene i § 10 gjelder derfor for eksempel ikke for flombekker som går tørre en del av året.

¹⁵⁷ NVEs KTV-notat 9/2005 (Ofteidal kraftverk I og II) side 18. Uttalelsen er formulert så generelt at den må ha gyldighet ut over denne konkrete saken.

¹⁵⁸ Den «alminnelige lavvannføring» kan beregnes teoretisk, noe som er en fordel om det ikke foreligger måledata for vassdraget. Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 330, andre spalte.

¹⁵⁹ Foruten regler om konesjon ved utbygging av nye vannkraftverk, gis det i dette kapitlet regler om konesjonsplikt ved bruksendring for eksisterende anlegg, endringer som påvirker verneverdiene, ved ombygging av anlegg m.v., jf. vresl. § 35.

Alle planer om kraftutbygging i vernede vassdrag må meldes til vassdragsmyndigheten før tiltaket gjennomføres, jf. vresl. § 34 annet ledd. På denne måten får vassdragsmyndigheten full oversikt over samtlige tiltak som er planlagt i vernede vassdrag. Dermed oppstår muligheten til å vurdere om tiltaket skal underlegges konsesjonsbehandling i henhold til den lavere terskelen for konsesjonsplikt før irreversible inngrep, særlige investeringer eller konkrete planer gjennomføres.

Ved vurderingen av konsesjonspliktens inntreden etter § 8, av hvorvidt tiltaket kan komme til å berøre allmenne interesser på en uønsket måte, skal det legges en strengere norm til grunn ved tiltak i vernede vassdrag enn ellers.¹⁶⁰ Det skal med andre ord mindre til for at et tiltak i et vernet vassdrag er konsesjonspliktig enn at et planlagt tiltak i de øvrige vassdragene blir underlagt konsesjonsbehandling – det kreves en lavere grad av sannsynlighet for at tiltaket kan påvirke allmenne interesser.

At det legges en strengere norm til grunn, innebærer en utvidelse av reglene om konsesjonsplikt i forhold til den alminnelige regelen som gjelder for de øvrige vassdragene. Utvidelsen er hjemlet i vresl. § 35 nr. 8,¹⁶¹ og skal bidra til å sikre at verneinteressene ivaretas i tilstrekkelig grad. Inngrep i vassdrag er som regel irreversible. Det er derfor nødvendig å sikre en ekstra grundig forhåndskontroll i vassdrag som er så særegne at de er verneverdige.

Ved vurderingen skal det tas særlig hensyn til de interessene som i sin tid begrunnet at vassdraget ble underlagt vern.¹⁶² Vernevurderingen er langt mer omfattende enn vurderingen som foretas ved den alminnelige saksbehandlingen etter vresl. § 8, og gir derfor et godt grunnlag for å få oversikt over miljøvirkningene av tiltaket, samt om verneverdiene blir påvirket. Tiltakets ventede påvirkning på vannføringen i vassdraget vil ha stor betydning i denne vurderingen, idet vannføringsendringer lett vil kunne gå ut over verneinteressene.¹⁶³

Dersom vurderingen viser at utbyggingen vil gå ut over verneverdiene, kan NVE avslå konsesjonssøknaden uten ytterligere saksbehandling.¹⁶⁴

¹⁶⁰ NOU 1998: 11 side 77 og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 206, andre spalte.

¹⁶¹ Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 206, andre spalte.

¹⁶² Jf. vresl. § 35 nr. 8.

¹⁶³ Se NVEs avslag på søknad om konsesjon til utbygging av Lonefossen minikraftverk i Åsedøla i Nausta, Naustdal kommune i Sogn og Fjordane, datert 8. februar 2006 side 2. Tilgang: http://www.nve.no/FileArchive/100/Lonefossen_vedtak.pdf. (Benyttet 11. august 2006). Se også kapittel 3.4 og 3.5.3.

¹⁶⁴ Jf. vresl. § 35 nr. 8.

Som vi har sett her, er utgangspunktet etter vresl. § 34 første ledd at kraftutbygging ikke skal skje i strid med verneplanene for vassdrag. Tidligere innebar dette at all konsesjonspliktig kraftutbygging i vernede vassdrag var forbudt. I 2005 besluttet imidlertid Stortinget å tillate konsesjonsbehandling av kraftverk med installert effekt under 1 MW – mikro- og minikraftverk.¹⁶⁵ Bakgrunnen for endringen er at mikro- og minikraftverk gjennomgående blir oppfattet av folk flest for å ha, og faktisk har, et begrenset omfang og begrensede virkninger på vassdraget og den omkringliggende natur. Vedtaket er også i samsvar med de tidligere føringer fra Stortinget om at vassdragsvernet ikke skal være til hinder for småskala vannkraft.¹⁶⁶

At det åpnes for konsesjonsbehandling innebærer selvfølgelig ikke at tiltaket automatisk innvilges konsesjon. Dette avgjøres på vanlig måte etter en nærmere konsesjonsbehandling basert på reglene i vannressursloven.¹⁶⁷ Denne vurderingen er grundigere enn det som er mulig etter konsesjonspliktsvurderingen etter § 8 – selv i vernede vassdrag – og må anses for å danne et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag.

3.6 Kriteriene for å innvilge konsesjon

3.6.1 Innledning – kort om vannressursloven § 25

Som fremstillingen allerede har vist, er vannressurslovens konsesjonssystem utformet i to trinn: Først vurderes det om konsesjonsplikten utløses, og deretter hvorvidt konsesjon skal innvilges. Temaet her er *det andre trinnet* i konsesjonsvurderingen.

De nærmere kriteriene for å innvilge konsesjon oppstilles i § 25. Her heter det at konsesjon til vassdragstiltak kan gis «hvis fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser som blir berørt i vassdraget eller nedbørfeltet». Bestemmelsen gir anvisning på et fritt skjønn for forvaltningen, og det er benyttet vage begreper som åpner for en stor grad av skjønnsutøvelse. Vi ser at bestemmelsen åpner for en langt videre og mer helhetlig vurdering enn det § 8 gjør, ved at både fordeler og skader/ulemper skal tas i betraktning.

¹⁶⁵ Innst.S. nr. 116 (2004-2005) og Stortingets vedtak 18. februar 2005.

¹⁶⁶ St.prp. nr. 75 (2003-2004) side 21. Det ble likevel fra enkelte aktørers side tatt til orde for at det burde åpnes for konsesjonsbehandling også for utbygginger mellom 1-10 MW installert effekt.

¹⁶⁷ Disse reglene gjennomgås under kapittel 3.6.5.

Begrepene «allmenne» og «private» interesser, samt begrepsparet «skade» og «ulempe», har vært behandlet tidligere.¹⁶⁸ I § 25 introduseres imidlertid et nytt vurderingstema: Også «fordeler ved tiltaket» skal vektlegges. Dette blir behandlet nærmere her.

Fordeler ved kraftutbygging viser seg som regel ved en økning i den produserte mengden kraft, og gjennom denne også økt sikkerhet i energiforsyningen lokalt. Kraftproduksjon representerer dessuten en viktig økonomisk utnyttelse av vassdragene, som kan være svært gunstig for tiltakshaverne. Gjennom disse fordelene kan kraftutbygging bidra til å opprettholde bosetningen og næringslivet i utkantstrøk, samt være et viktig supplement til primærnæringene jord- og skogbruk som gjerne utøves her. Alle disse konsekvensene av kraftutbygging er svært positive for lokalsamfunnet. Som redegjort for tidligere, er småkraftutbygging dessuten fordelaktig fordi miljøkonsekvensene er mindre enn ved tradisjonell kraftutbygging og utnyttelse av andre tradisjonelle energikilder.¹⁶⁹

Paragraf 25 reiser flere tolknings spørsmål. Under kapittel 3.6.4 redegjøres det for hvilke momenter eller hensyn konsesjonsmyndigheten kan ta i betraktning; hvilke momenter som er relevante ved konsesjonsvurderingen. Spørsmålet om hvilken vekt de ulike relevante momentene skal tillegges ved avgjørelsen av om konsesjon skal innvilges blir først behandlet under 3.7.

3.6.2 Fordelene må overstige skader og ulemper

Under dette kapitlet vil jeg redegjøre for hva som ligger i kravet om at «fordelene (...) [må overstige] skader og ulemper» for at konsesjon skal kunne innvilges. Paragraf 25 gir anvisning på en konkret vurdering, som munner ut i en avveining av de ulike interessene som kan tenkes å gjøre seg gjeldende ved det aktuelle utbyggingsprosjektet. Bakgrunnen for at bestemmelsen gjør bruk av skjønnsmessige og dynamiske begreper, er at den skal kunne favne over svært ulike typer vassdragstiltak. I tillegg til vannkraftutbygging, er også blant annet vannuttak, utgraving, oppmudring og bygging av broanlegg omfattet. De faktiske forholdene i vassdragene varierer i stor grad. En bestemmelse utformet med skjønnsmessige uttrykk er bedre egnet til å ivareta de ulike situasjonene og problemstillingene som kan oppstå.¹⁷⁰

Skjønnsadgangen under bestemmelsen er relativt vid, og oppsummeres godt når det i forarbeidene heter at det er «listet opp enkelte pliktige hensyn og fastsatt et

¹⁶⁸ Se henholdsvis kapittel 3.4 og kapittel 3.5.2.

¹⁶⁹ Se kapittel 2.

¹⁷⁰ NOU 1994: 12 side 171-172.

krav til interesseovervekt, men ut over dette står konsesjonsmyndigheten meget fritt».¹⁷¹ Som det presiseres her, er skjønnsadgangen innsnevret noe ved at konsesjonsvurderingen i utgangspunktet skal skje på bakgrunn av at fordeler ved tiltaket sammenholdes med ulemper for allmenne og private interesser. I tillegg avgjør de til enhver tid gjeldende politiske føringer hvilke overordnede mål som skal forfølges innenfor rammene av lovens bestemmelser, for eksempel prinsipper om helhetlig ressursforvaltning eller hensynet til lokal næringsutvikling.¹⁷²

I forvaltningsrettslig teori oppstilles et skille mellom *rettsanvendelsesskjønn* og *forvaltningsskjønn*. Mens rettsanvendelsesskjønnet betegner skjønsmessige vurderinger av rettslig karakter, er begrepet forvaltningsskjønn reservert for de sider av en avgjørelse som ikke er rettslig normert.¹⁷³ Dette siste begrepet passer godt på avgjørelsen etter § 25, som består i en relativt åpen avveining av motstående reelle hensyn, og som lar både politiske og andre allmenne verdimeessige standpunkter spille en dominerende rolle for utfallet av avgjørelsen.¹⁷⁴

Bestemmelsens ordlyd innebærer videre at det ikke vil være tilstrekkelig til å innvilge konsesjon at det ikke er dokumentert at skader og ulemper er større enn fordelene. Ordlyden krever tvert i mot at det i saksbehandlingen kommer frem at fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper. Regelen inneholder både et «føre var»-prinsipp og et insitament for søkeren til å bidra til at vurderingen av fordeler og ulemper ved utbyggingsprosjektet blir realistisk og pålitelig.¹⁷⁵

Bestemmelsen oppstiller ikke krav til noen bestemt grad av *interesseovervekt* for å kunne innvilge konsesjon. Dermed er det *tilstrekkelig* til å innvilge konsesjon at fordelene overstiger skader og ulemper – at fordelene utgjør 51 % av tiltakets konsekvenser.

Det heter som vi har sett videre at konsesjon «kan» innvilges når fordelene overstiger skader og ulemper. Skjønsmessige bestemmelser kan inndeles i to grupper; nemlig bestemmelser som oppstiller absolutte grenser for hva forvaltningen kan vedta på den ene siden, og bestemmelser som angir retningslinjer for skjønnsutøvelsen på den andre. Denne sistnevnte gruppen fastsetter rammer for vurderingen, men avgjør ikke hva som skal bli resultatet i det enkelte tilfellet. Hvilken forståelse som skal legges til grunn for den enkelte skjønsmessige

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 114, andre spalte.

¹⁷² Se kapittel 3.3.2.

¹⁷³ Se Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett (Bind I)*, Bergen 2003 (Frihagens forvaltningsrett (Bind I)) side 74-79 og Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utgave, Oslo 2002 (Graver) side 250-256.

¹⁷⁴ Frihagens forvaltningsrett (Bind I) side 78-79.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 343, andre spalte.

bestemmelsen, må avgjøres på bakgrunn av en fortolkning av de relevante rettskildene.

Bestemmelser som oppstiller retningslinjer for skjønnsutøvelsen kan igjen deles inn i flere underkategorier, herunder bestemmelser som oppstiller minstevilkår for innvilgelse av tillatelse. Slike bestemmelser utformes som regel ved hjelp av et betingelses- og følgeledd, nærmere bestemt slik at «hvis x, så *kan* forvaltningen vedta y». I slike tilfeller overlates det til forvaltningsorganet å avgjøre hvorvidt følgen skal inntreffe.¹⁷⁶

Denne klassifiseringen har også en side til domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak, idet bare avgjørelser under bestemmelser som oppstiller absolutte grenser for skjønnsutøvelsen kan underlegges domstolsprøvelse. Når bestemmelsen derimot er å regne som et minstevilkår, vil gjerne en åpen avveining av motstående reelle hensyn være avgjørende for konsesjonsvurderingen. Slike avveininger er uegnet for overprøving i domstolsapparatet.¹⁷⁷

Vresl. § 25 omfattes av denne siste kategorien – bestemmelsen oppstiller et minstevilkår for innvilgelse av konsesjon.¹⁷⁸ Synspunktet er i god overensstemmelse med formålet som ligger til grunn for vannressursloven: Å sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdragene.¹⁷⁹ Det er derfor ikke *nødvendig* for konsesjonsmyndigheten å innvilge en søknad selv om fordelene er større enn skader/ulemper. I slike tilfeller er det opp til konsesjonsmyndighetens frie skjønn å avgjøre hvorvidt konsesjon skal gis eller ikke. Med andre ord kan andre hensyn enn de som angis i lovteksten begrunne et *avslag* på konsesjonssøknaden selv om minstevilkåret er oppfylt.¹⁸⁰

Konsesjonsplikten etter § 8 utløses dersom det er sannsynlighetsovervekt for at et vassdragstiltak «kan være» til nevneverdig skade/ulempe. Sannsynlighetsvurderingen etter § 25 er utformet på en noe annen måte. Her heter det at konsesjon kan gis om fordeler overstiger skader/ulemper for de interessene som «blir berørt». Så vidt jeg kan se, er ikke valget av dette uttrykket kommentert i forarbeidene til bestemmelsen. Umiddelbart kan det synes som om det kreves mer for at kravet i § 25 er oppfylt enn det gjør etter § 8, at det kreves en større grad av sannsynlighet for at virkningene inntreffer.

¹⁷⁶ Se Frode Innjord, «Hva er «vakkert»? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk», *Jussens Venner* 1996 side 161-194 (Innjord), på side 164 og 166-67.

¹⁷⁷ Frihagens forvaltningsrett (Bind I) side 79.

¹⁷⁸ NOU 1994: 12 side 428, første spalte og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 343, første spalte.

¹⁷⁹ Jf. § 1, se også kapittel 3.3.1 over.

¹⁸⁰ Se NOU 1994: 12 side 428, første spalte og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 343. Hvilke momenter som er relevante ved vurderingen blir behandlet nærmere under kapittel 3.6.4

Selv om man har kommet et trinn lenger i konsesjonsprosessen, vil det imidlertid heller ikke på dette trinnet være mulig å gjøre seg opp noen sikker oppfatning av hvilke virkninger et tiltak kan komme til å ha. Alle slike vurderinger i forkant av utbygging vil nødvendigvis basere seg på antagelser om fremtiden. Jeg legger derfor til grunn at valget av uttrykket «blir berørt» i § 25 ikke har et annet innhold enn «kan være» i § 8, slik at ikke virkningene av et tiltak må være mer sannsynlige for å være relevante i trinn to av konsesjonsvurderingen.

3.6.3 Eldirektiv II

3.6.3.1 Innledning

Blant EØS-relevante direktiver er særlig eldirektiv II av interesse for problemstillingene som drøftes i denne avhandlingen. Formålet med direktivet er i korthet å bidra til en forbedring av EUs indre elektrisitetsmarked.

I dette kapitlet stiller jeg spørsmål ved hvorvidt direktivet får anvendelse på konsesjonsreglene i vannressursloven, samt hvordan direktivet eventuelt skal implementeres i norsk rett. Deretter behandler jeg hvilke skranker som oppstilles ved å se nærmere på kravene i direktivets artikkel 6, som gjelder tildeling av tillatelse til utbygging av ny produksjonskapasitet. Disse kravene kan nemlig få betydning for vurderingen etter vresl. § 25.

3.6.3.2 Direktivets anvendelse og krav til konsesjonsregler

Eldirektiv II skal blant annet fastsette «fælles regler for produktion, transmission, distribution og forsyning av elektricitet», jf. artikkel 1. Det første alternativet, «produktion», er mest aktuelt i forhold til vannressurslovens regler. Artikkel 6 gir videre regler om plikt til å anvende konsesjonsprosedyre ved «etablering af ny produktionskapasitet». Dette kan tyde på at vannressurslovens konsesjonsregler omfattes av direktivet i den utstrekning de gjelder etablering av ny produksjonskapasitet.

På den annen side retter direktivets øvrige krav seg i hovedsak mot energilovgivningen, og ikke mot reglene i vannressursloven, som i større grad skal sikre ivaretagelse av miljøhensyn og andre allmenne interesser. Medlemsstatenes tekniske utforming av internrettslige lovregler kan imidlertid ikke være avgjørende for om et regelsett faller utenfor eller omfattes av direktivets krav. Det norske skillet mellom vannressurslovs-konsesjoner og energilovskonsesjoner kan ikke være avgjørende. Avgjørende må snarere være hvorvidt reglene gjelder etablering av ny produksjonskapasitet, og det gjør vannressurslovens regler. Et annet spørsmål med et mer usikkert svar er på den annen side hvorvidt reglene i industri-

konsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven er omfattet av direktivets krav. Dette spørsmålet blir ikke behandlet nærmere her.

Ytterligere støtte for synspunktet om at vannressurslovens konsesjonsregler er omfattet av kravene i eldirektiv II finnes i en av grunnsetningene innen EØS-retten: Å oppfylle de såkalte fire friheter.¹⁸¹ Når direktivet skal bidra til en forbedring i det indre energimarkedet, er et av virkemidlene å sørge for at etableringsretten sikres. På samme måte som de øvrige frihetene EØS-avtalen garanterer europeiske borgere, er fri etableringsadgang bare mulig i et åpent marked der partene fritt kan velge sine kontraheringspartnere. Et motsatt standpunkt ville ha vanskeliggjort gjennomføringen av et fullstendig åpent indre energimarked.

På bakgrunn av disse forholdene mener jeg det er klart at vannressurslovens konsesjonsregler er omfattet av direktivets krav til konsesjonsregler for tildeling av tillatelse for etablering av ny produksjonskapasitet.

Den nærmere fremgangsmåten for implementering av EØS-relevante regler avhenger av om rettstilstanden i Norge er i overensstemmelse med den aktuelle regelen, samt av om regelen tar sikte på å oppstille rettigheter og plikter for enkeltpersoner.¹⁸² Det er klart at enkelte av kravene som oppstilles i eldirektiv II nødvendiggjør lovendringer i intern norsk rett.¹⁸³

Artikkel 6 tilsvarende i hovedsak artikkel 4 og 5 i eldirektiv I¹⁸⁴. Uttalelser avgitt i forbindelse med vedtakelsen av dette direktivet kan derfor være av interesse.¹⁸⁵ OED redegjorde i 2001 for norsk retts forhold til direktivets krav, samt for hvilke endringer som måtte gjøres, overfor EFTAs overvåkningsorgan (ESA).¹⁸⁶ Denne redegjørelsen omfattet også EØS-rettens forhold til vannressurslovens regler. OED anså norsk rett for å være i overensstemmelse med direktivets krav, et synspunkt ESA sluttet seg til.¹⁸⁷ Når norsk rett er ansett for å være i overensstemmelse med

¹⁸¹ EØS-avtalen er gjort til norsk lov ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1. EØS-avtalen skal sikre fritt varebytte, fri bevegelighet for arbeidskraft og tjenester, fri bevegelighet for kapital og fri etableringsadgang, se Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 (Sejersted m.fl.) side 260 flg. og St.prp. nr. 52 (2005-2006) side 29.

¹⁸² Sejersted m.fl. side 185.

¹⁸³ For eksempel foreslås reglene om vertikalt integrerte selskaper i direktivets artikkel 10 gjennomført ved et nytt tredje ledd i enl. § 1-3, se Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) side 23 flg.

¹⁸⁴ EP/Rdir. 1996/92/EF om fælles regler for det indre marked for elektrisitet (eldirektiv I).

¹⁸⁵ Se Christopher W. Jones, *EU Energy Law, Volume 1: The Internal Energy Market*, Leuven 2004 (Jones) for en redegjørelse for direktivets øvrige bestemmelser.

¹⁸⁶ Table of correspondence for eldirektiv I sendt ESA i forbindelse med endringer i enl.

¹⁸⁷ Ifølge opplysninger fra OED.

direktivets krav, implementeres bestemmelsene ved at det konstateres at de norske og de EØS-rettslige reglene er i overensstemmelse med hverandre.¹⁸⁸

En fullstendig gjennomgang av ESAs standpunkt kan ikke skje i denne avhandlingen. Spørsmålet om hvorvidt vassdragslovgivningen er i overensstemmelse med EØS-rettens krav til klar og utvetydig rettstilstand og forutberegnelighet for borgerne bør likevel behandles nærmere.

I utgangspunktet står medlemsstaten relativt fritt til å bestemme «formen og midlene» for gjennomføring av EØS-rettslige direktiver, jf. EØS-avtalen artikkel 7. Det er med andre ord opp til medlemsstaten å avgjøre om gjennomføringen skal skje ved lov eller forskrift. Friheten begrenses likevel ved at man må innfortolke EU-rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver også i EØS-retten. Dette innebærer at gjennomføringen av direktiver må skje på en måte som gjør rettstilstanden klar og utvetydig, og som gjør det mulig for borgerne effektivt å forutberegne sin rettsstilling. Borgernes rettigheter og plikter under skjønnsmessige bestemmelser kan i utgangspunktet ikke fremgå av lovforarbeider, forvaltningspraksis eller interne instruksjoner.¹⁸⁹

Dette fremgår også av eldirektiv II artikkel 6 nr. 1, hvor det heter at «[v]ed etablering af ny produktionskapasitet anvender medlemsstaterne en bevillingsprocedure med objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier». Disse kravene samsvarer i hovedsak med våre alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om saklighet og nøytralitet, samt med legalitetsprinsippets krav om at vedtak som angår borgernes rettsstilling må ha hjemmel i norsk lov.¹⁹⁰ Direktivets artikkel 6 nr. 4 angår den samme problemstillingen når den krever at fremgangsmåten og kriteriene for tildeling av tillatelse skal «offentliggøres».¹⁹¹

Fremstillingen har vist at vannressurslovens konsesjonsbestemmelser er vagt utformet, samtidig som de åpner for stor grad av skjønnsutøvelse for forvaltningen. NVE praktiserer imidlertid en stor grad av offentlighet rundt sine vedtak, samtidig som konsesjonsbehandlingen er transparent.

NVE har videre på forespørsel uttalt at aktørene i bransjen er godt kjent med hvilke kriterier som ligger til grunn for konsesjonsvurderingen. Så vidt jeg kan se, må slik kunnskap eventuelt være grunnet på aktørenes egne erfaringer med konsesjonsspørsmål. Kriteriene som ligger til grunn for konsesjonsavgjørelsene publiseres nemlig ikke på annen måte enn at et utvalg av konsesjonsvedtak gjøres

¹⁸⁸ Sejersted m.fl. side 191. St.prp. nr. 52 (2005-2006) konstaterte rettsharmoni, se side 12.

¹⁸⁹ Sejersted m.fl. side 186-187.

¹⁹⁰ Se blant annet Graver side 73 flg. og 114 flg. og Eckhoff/Smith kapittel 4.

¹⁹¹ Artikkel 6 nr. 4.

tilgjengelige på direktoratets nettsider. Dette kan vanskelig sies å være en «enkel» måte å gjøre seg kjent med innholdet i vedtakene på – notatene som ligger til grunn for vedtak etter vannressurslovens konsesjonsbestemmelser er omfattende, og innholdet er ikke særlig lett tilgjengelig.

Som redegjørelsene har vist er antallet nye aktører på området dessuten stort. Når mange av disse ikke har erfaring fra tidligere vannkraftutbygging, kan de vanskelig tenkes å være godt kjent med kriteriene. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved hvorvidt NVEs syn om at aktørene er kjent med kriteriene som legges til grunn for konsesjonsvurderingen, er riktig. Det vil imidlertid favne for vidt å behandle spørsmålet nærmere her.

For den videre diskusjonen legger jeg derfor til grunn at kravene til gjennomføring av direktiver i intern rett er oppfylt i den grad eldirektiv II oppstiller krav til vannressurslovens bestemmelser.

3.6.3.3 Direktivets krav til kriterier for tildeling av tillatelser

Eldirektiv II artikkel 6 nr. 2 angir en rekke kriterier som kan legges til grunn for avgjørelsen om tildeling av tillatelser til utbygging av ny produksjonskapasitet. Kriteriene er av ulik karakter, og gjelder alt fra tekniske krav, til miljøkrav og krav til søkeren. Artikkel 6 skal favne over et bredt spekter av ulike konsesjonsordninger.

Nettopp av denne grunn er medlemsstaten gitt en valgfrihet med tanke på hvilke kriterier som legges til grunn for den enkelte konsesjonsordning. Nærmere bestemt heter det at «[m]edlemsstaterne fastsetter kriterierne for tildeling af bevillinger til etablering af produktionskapasitet på deres område. Disse kriterier *kan vedrøre følgende: (...)*» (min utheving).¹⁹²

Denne siste setningen kan, slik jeg ser det, tolkes på to ulike måter, som innrømmer medlemsstatene en varierende grad av valgfrihet. Det første tolkningsalternativet innebærer at bestemmelsens bokstav a-i angir eksempler på hvilke kriterier som kan legges til grunn, slik at medlemsstaten står fritt til å velge mellom disse, men også til å innta andre kriterier i vurderingen. Alternativt kan bestemmelsen tolkes slik at oppregningen er uttømmende, men slik at medlemsstaten likevel kan velge fritt mellom de opplistede kriteriene. Hvilket av tolkningsalternativene som skal legges til grunn, får stor betydning for norsk retts overensstemmelse med EØS-retten, og er derfor viktig å avklare.

Blant den sparsomme juridiske teori om artikkel 6, skriver Jones at

¹⁹² Artikkel 6 nr. 2.

«[t]he second electricity Directive sets out, in Article 6 (2), the following *exhaustive* list of criteria that may be applied by Member States in establishing an authorisation procedure»¹⁹³ (min uthevnning).

Han oppgir imidlertid ingen begrunnelse for hvorfor han anser opplistingen for å være uttømmende. Etter mitt syn ville det imidlertid være kunstig å legge en slik løsning til grunn, idet det indre marked er utviklet i ulik grad i de forskjellige medlemsstatene. Samtidig er lovgivningstradisjonene forskjellige. En uttømmende oppregning ville kunne medføre at det indre energimarkedet utviklet seg langsommere enn mulig og ønskelig.

Sentrale fordeler ved utbygging av vannkraftverk, som for eksempel at etablering av ny produksjonskapasitet medfører økt kraftproduksjon, er imidlertid ikke nevnt på listen. Jeg ser dette som ytterligere et argument for at bestemmelsen ikke kan anses som uttømmende. Økt produksjon representerer den grunnleggende motivasjonen for i det hele tatt å vurdere å tillate iverksettelse, og må helt klart kunne vektlegges som en fordel ved tiltaket. Heller ikke hensynet til samfunnsøkonomisk lønnsomhet er nevnt. Dette må antas å være blant de hensyn som ligger til grunn for ordningen med markedsbasert kraftomsetning, slik direktivet søker å sikre.

Jeg legger derfor til grunn at listen fremstår som eksemplifiseringer av hvilke kriterier som kan legges til grunn for avgjørelsen av om ny produksjonskapasitet skal tillates. Dermed tillater direktivet at også andre kriterier enn de som er opplistet inntas i konsesjonsvurderingen etter vannressursloven.¹⁹⁴

Selv om dette tolkningsalternativet legges til grunn, har bestemmelsen klare funksjoner. Dersom man etter å ha tolket vannressurslovens konsesjonsbestemmelse fortsatt er usikker på om det er adgang til å legge et nærmere bestemt kriterium til grunn for prioriteringen mellom konkurrerende prosjekter, kan veiledning søkes i direktivets artikkel 6. Når rettsharmoni er konstatert mellom bestemmelsen og vannressurslovens konsesjonsbestemmelser, er kriteriene som inngår i opplistingen i artikkel 6 relevante å vektlegge ved avgjørelsen etter intern norsk rett.

Som nevnt tidligere, er de av bestemmelsene i henholdsvis eldirektiv I og II som oppstiller krav om at medlemsstatene benytter konsesjonsordning for tildeling av tillatelse, i hovedsak tilsvarende. Én ny regel oppstilles imidlertid i eldirektiv II artikkel 6, når det i bestemmelsens nr. 3 heter at

¹⁹³ Jones side 15.

¹⁹⁴ En motsatt løsning ville ha medført at norsk rett stred mot EØS-rettens krav.

«Medlemsstatene sikrer, at der ved bevillingsprocedurerne for små og/eller decentrale producenter tages hensyn til deres begrænsede størrelse og potentielle indvirkning.»

Regelen har, så vidt jeg kan se, to sider. Den angir for det første medlemsstatenes plikt til å sikre små aktørers posisjon, slik at kriteriene for tildeling av konsesjon ikke kan diskriminere mindre aktører. Kriteriene må snarere legge til rette for at disse aktørene ikke på grunn av sin størrelse forhindres fra å starte opp med ny produksjon.¹⁹⁵ Videre innebærer den indirekte at det ikke er noen nedre grense for at ny produksjon skal være omfattet av direktivets krav.¹⁹⁶ All utbygging som er konsesjonspliktig etter intern rett, omfattes.

Medlemsstatene var under eldirektiv I gitt valget mellom å legge en konsesjonsordning eller en anbudsordning til grunn for tildeling av utbyggingstillatelser. Bakgrunnen for valgfriheten var at enkelte medlemsstater var av den oppfatning at det indre energimarkedet ikke ville komme til å bli fullstendig åpent, men derimot fortsatt være dominert av statlig planlegging og kontroll. Når markedet utviklet seg så raskt og så bra som det gjorde, var ikke planleggingsbehovet verken ønskelig eller til stede. Valgfriheten ble derfor i stor grad fjernet ved eldirektiv II.

Valg av anbudsmetode for tildeling av tillatelse kan særlig medføre ulemper for de mindre aktørene. Større, etablerte aktører når lettere frem i anbudssituasjoner. Dette kan hindre markedsutviklingen og konkurransen på lengre sikt ved at det blir færre aktører som reelt sett konkurrerer i markedet.¹⁹⁷ Det er fortsatt adgang til å benytte anbudsprosedyre i visse typer tildelingssaker, jf. eldirektiv II artikkel 7. Disse reglene blir ikke behandlet nærmere her.¹⁹⁸

3.6.4 Momenter ved vurderingen av om konsesjon skal gis

Redegjørelsen hittil har vist at fordeler ved tiltaket, samt skader og ulemper for allmenne og private interesser, er relevante hensyn ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges. Når § 25 utgjør et minstevilkår for innvilgelse av konsesjon, er det imidlertid klart at også andre hensyn enn disse kan være relevante. Disse øvrige hensynene kommer inn først når minstevilkåret er oppfylt og det er overlatt til konsesjonsmyndighetens skjønnsmessige kompetanse å avgjøre hvorvidt og på hvilke vilkår konsesjon skal innvilges (rettsanvendelsesskjønnet).

Avgjørelsen av hvilke momenter som skal vektlegges ved konsesjonsvurderingen må selvfølgelig skje innenfor rammene som oppstilles av de tilgjengelige rettskildene; vannressursloven, alminnelig forvaltningsrett, for- og etterarbeider, samt konsesjonspraksis og tilgjengelige politiske meldinger.

¹⁹⁵ Kravet har også en side til energilovkonsesjonene, og innebærer blant annet at konsesjonsmyndighetens praksis med å innvilge omsetningskonsesjoner på forenklede vilkår er i overensstemmelse med EØS-retten.

¹⁹⁶ Artikkel 6 nr. 3 gjelder selvsagt ikke bare for små vannkraftanlegg, men også etablering av andre små anlegg, som for eksempel små vindturbiner.

¹⁹⁷ Jones side 13-14.

¹⁹⁸ Se artikkel 7, Jones side 20 flg. og St.prp. nr. 52 (2005-2006) side 31, første spalte.

Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper oppstiller dessuten generelle begrensninger med hensyn til hvilke momenter som kan vektlegges, ved at avgjørelsen er underlagt de alminnelige krav til blant annet saklighet, likhet og forsvarlighet som – negativt formulert – følger av læren om myndighetsmisbruk.¹⁹⁹ Enkelte sider ved disse kravene har også kommet til uttrykk i eldirektiv II, formulert som at kriteriene som legges til grunn for tildeling av tillatelse til iverksettelse av ny produksjonskapasitet må være «objektive, gennemsiktige og ikke-diskriminerende».²⁰⁰

Generelt kan bredere samfunnshensyn og hensyn som ikke er direkte knyttet til vassdraget eller nedbørfeltet være relevante.²⁰¹ Med andre ord vil også elementene som inngår i lovens formålsbestemmelse være viktige for å oppstille rammene rundt konsesjonsvurderingen.²⁰²

Her vil jeg ta for meg en del av de momentene som faktisk tillegges vekt av konsesjonsmyndigheten ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges, samt stille spørsmål ved om disse er – og om andre kan være – relevante. Oppregningen av relevante momenter tar ikke sikte på å være uttømmende. Formålet er snarere å angi enkelte hovedtrekk ved konsesjonsvurderingen.

3.6.4.1 Samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning

I tillegg til å oppstille et overordnet prinsipp for avgjørelsene etter vannressursloven, betegner formålsbestemmelsen også som nevnt *resultatet* av rettsanvendelsen etter lovens øvrige bestemmelser: En samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann.²⁰³

Sagt med andre ord skal formålsbestemmelsen sikre at konsesjonsmyndigheten både har adgang til og plikter å skue ut over det enkelte omsøkte prosjektet og se vassdragsforvaltningen som en helhet – å sikre samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning er både et *relevant* og et *pliktig* hensyn ved vurderingen. Dette overordnede prinsippet skal sikre en helhetlig ressursforvaltning i lokale, regionale og nasjonale perspektiver.

Så vidt jeg kan se, er det adgang til å ta i betraktning også hvordan andre planlagte eller mulige kraftprosjekter enn det omsøkte småkraftverket vil kunne bringe med seg fordeler eller påvirke allmenne og private interesser på en negativ

¹⁹⁹ Eckhoff/Smith side 350 flg. og Innjord side 169.

²⁰⁰ Artikkel 6 nr. 1.

²⁰¹ Brekken m.fl. side 139.

²⁰² Se gjennomgangen under kapittel 3.3.1.

²⁰³ Se kapittel 3.3.1.

måte. Det er altså relevant å vurdere hvilke sumvirkninger eksisterende og fremtidige tiltak kan tenkes å ha.²⁰⁴

Lokalt kan konsesjonsmyndigheten se et vassdrag eller flere tilknyttede vassdrag under ett. På denne måten kan fremtidig alternativ utnytting av vassdraget, til småkraftproduksjon eller annet, tas i betraktning og eventuelt begrunne et avslag. Sentraliseringen av konsesjonsmyndigheten hos NVE kan gjøre det vanskelig å sikre ivaretagelse av slike lokale forhold. Organiseringen er særlig valgt på bakgrunn av økonomiske hensyn. Når lovbestemmelsene sikrer at avgjørelser baseres på konkrete vurderinger, har man imidlertid ment at vassdragsinteressene blir tilstrekkelig ivare tatt under den eksisterende organiseringen.

Helhetlig forvaltning på vassdragsområdet har også regionale og nasjonale aspekter. Vernevurderinger skjer som en helhet i et slikt større perspektiv, for på den måten å sikre et representativt utvalg av vassdragsverdier uavhengig av hvor i landet eller en region de befinner seg.²⁰⁵ Prioritering mellom ulike former for energiproduksjon, for eksempel mellom vannkraft og gass, vil også skje i et regionalt eller nasjonalt perspektiv, som ledd i en bredere strategi for ressursutnyttelse og kraftproduksjon. I et nasjonalt perspektiv kommer også hensynet til å sikre en bærekraftig utvikling inn.

3.6.4.2 Samfunns- og bedriftsøkonomisk lønnsomhet

Vassdragene har som fellesressurs svært stor betydning for samfunnet, både økonomisk og for øvrig. Hvorvidt småkraftutbyggingen er samfunnsøkonomisk lønnsom er derfor et viktig moment i skjønnsutøvingen. At momentet er relevant kan ikke være tvilsomt, og fremgår av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i § 25 sett i lys av formålsbestemmelsen i § 1, samt av lovforarbeidene.²⁰⁶

Samfunnsøkonomi defineres gjerne som «læren om bruk av knappe ressurser for å dekke menneskenes ulike behov»,²⁰⁷ og begrepet samfunnsøkonomisk lønnsomhet brukes som et mål på hvor god den totale ressursutnyttelsen er. En effektiv ressursutnyttelse innebærer i denne sammenhengen at man får maksimalt ut av arbeidskraft, kapital, energi og andre fysiske produksjonsfaktorer som er tilgjengelige, og at det som produseres ikke kunne ha vært fremstilt med lavere ressursforbruk. Lønnsomhetsvurderingen skjer på bakgrunn av et bredt spekter av vurderings-

²⁰⁴ NOU 1994: 12 side 176, andre spalte og 428, første spalte.

²⁰⁵ Se kapittel 3.5.4 og 3.6.5 om vernede vassdrag.

²⁰⁶ NOU 1994: 12 side 173-174 og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 115-116.

²⁰⁷ Se Vidar Ringstad, *Innføring i samfunnsøkonomi og økonomisk politikk*, 2. utgave Oslo 1995 (Ringstad) side 15.

temaer, og det er ikke nødvendigvis slik at et vassdragstiltak som er samfunnsøkonomisk lønnsomt gir et bedriftsøkonomisk overskudd. Dette kan for eksempel skyldes skatteregler.²⁰⁸

Momentet kan slå ut i to retninger: At et småkrafttiltak *ikke* er samfunnsøkonomisk lønnsomt kan utgjøre en ulempe for allmenne interesser, samtidig som god samfunnsøkonomisk lønnsomhet kan representere en fordel ved et tiltak. En samfunnsøkonomisk vurdering vil likevel ikke kunne belyse samtlige virkninger av et tiltak som kan tenkes å være relevante, og kan derfor ikke *alene* være avgjørende for konsesjonsvurderingen.

For å klargjøre hvilke prosjekter som er lønnsomme, og som et bidrag til å fremme effektiv ressursutnyttelse, kan det være hensiktsmessig å utarbeide nytte/kostnadsanalyser. Nytten i en slik analyse består særlig i fordeler ved tiltaket, mens kostnadene refererer til de samlede samfunnsmessige kostnadene ved tiltaket – skader og ulemper for allmenne og private interesser. Både økonomiske og ikke-økonomiske hensyn skal omfattes.²⁰⁹

Bakgrunnen for at det likevel ikke oppstilles et krav i loven om å foreta slike analyser ved behandling av enhver konsesjonssøknad, er at ikke alle samfunnsmessige fordeler ved et tiltak nødvendigvis fanges opp. Kostnadene ved å gjennomføre samfunnsøkonomiske analyser vil dessuten kunne være uforholdsmessig høye sammenholdt med tiltakets konsekvenser. Dette gjelder særlig for småkraftutbyggingssituasjonene. At et tiltak er konsesjonspliktig, innebærer ikke nødvendigvis en berettigelse av å bruke samfunnsressurser på en slik måte.

Lovgiver har derfor latt det være opp til konsesjonsmyndigheten å avgjøre i hvert enkelt tilfelle hvorvidt en nytte/kostnadsanalyse skal gjennomføres. Uavhengig av om prosessen formaliseres i en slik analyse, vil imidlertid samfunnsøkonomisk lønnsomhet være et av flere momenter konsesjonsmyndigheten plikter å ta i betraktning under saksbehandlingen.²¹⁰

Hvorvidt småkraftutbyggingen er *bedriftsøkonomisk lønnsom* vil det derimot være opp til den enkelte tiltakshaver å vurdere, i den forstand at resultatet av en slik vurdering ikke kan være avgjørende for konsesjonssøknaden.²¹¹ Ved innføringen av et fritt energimarked og revisjonen av vassdragsreguleringsloven i

²⁰⁸ NOU 1994: 12, Vedlegg IV, side 494-496. Hvorvidt tiltakets bedriftsøkonomiske lønnsomhet er et relevant hensyn, vil bli behandlet nedenfor.

²⁰⁹ Det faller på siden av avhandlingen å redegjøre nærmere for samfunnsøkonomiske teorier og begreper. Se Ringstad, samt Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi I*, Oslo 2005 (Eide og Stavang).

²¹⁰ Se NOU 1994: 12 side 173, hvor det vurderes hvorvidt konsesjonsmyndigheten skal ha plikt til å utarbeide samfunnsøkonomiske lønnsomhetsanalyser under saksbehandlingen.

²¹¹ NVEs KTV-notat 9/2003 (Rivedal kraftverk) side 22 og 14/2005 (Storlia kraftverk) side 37.

1992, ble det lagt til grunn at det «ikke lenger vil være naturlig for konsesjonsmyndigheten å vurdere økonomien i et prosjekt».²¹² Løsningen er naturlig idet markedsmekanismene, i hvert fall i et velfungerende marked, vil avgjøre hvilke prosjekter som er lønnsomme i et bedriftsøkonomisk perspektiv, og sørge for at konsesjon ikke søkes for prosjekter som ikke er lønnsomme.

Bedriftsøkonomisk lønnsomhet inngår imidlertid i den samfunnsøkonomiske analysen. På denne måten vil momentet likevel være relevant ved konsesjonsvurderingen. Det åpnes i forarbeidene dessuten for at konsesjonsmyndigheten, dersom det er en særskilt oppfordring til det, ser nærmere på kalkylene som ligger til grunn for tiltakshaverens regnestykke. Konsesjonsmyndigheten må likevel være bevisst så bedriftsøkonomiske hensyn ikke vektlegges to ganger under oppregningen av fordeler og skader/ulemper ved tiltaket – først som del av en samfunnsøkonomisk nytte/kostnadsanalyse, og deretter som et selvstendig argument for å tillate kraftutbygging.²¹³

NVEs konsesjonspraksis viser at hensynet tas i betraktning ved konsesjonsvurderingen. Av direktoratets vedtak fremgår det også at utbyggerne som regel beregner et lavere kostnadsnivå for prosjektet enn det NVE gjør – med NVEs ord: «For prosjekter av denne størrelse har vi erfaring for at vårt kostnadsoverslag ligger noe høyere enn søkers overslag».²¹⁴

Når hensynet til bedriftsøkonomisk lønnsomhet har så begrenset betydning for avgjørelsen av konsesjonssøknader, bør konsesjonsmyndigheten etter mitt syn avholde seg fra å foreta inngående og kostnadskrevende vurderinger av den bedriftsøkonomiske lønnsomhet. Myndigheten bør derimot la utgangspunktet om at bedriftsøkonomiske aspekter ved et prosjekt er utbyggerens risiko bli stående.

3.6.4.3 Fordeler for kraftforsyningen og lokalsamfunnet

Utbygging av småkraftverk fører som regel med seg en rekke fordeler for lokalsamfunnet. Den produserte kraften kan være et viktig bidrag for å avhjelpe misforholdet som har oppstått mellom mengden produsert kraft og energi-etterspørselen.²¹⁵ At utbygging av småkraftverk bidrar med økt produksjonskapasitet er primærfordelen ved all småkraftutbygging.

²¹² Se NOU 1994: 12 side 174 med videre henvisninger.

²¹³ NOU 1994: 12 side 174 første spalte og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 115 andre spalte.

²¹⁴ KTV-notat 6/2006 (Vika kraftverk) side 19. Se også KTV-notat 9/2003 (Rivedal kraftverk) side 21, samt NOU 1994: 12 side 174, første spalte.

²¹⁵ Se kapittel 2.1.1

Synspunktet fremholdes også av NVE, som nevner den innvunne gevinsten ved økt kraftproduksjon som en fordel i flere av sine konsesjonsvedtak.²¹⁶ Økt kraftproduksjon omfattes dessuten direkte av ordlyden i § 25 – «fordeler ved tiltaket». Det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvorvidt dette er et relevant hensyn under konsesjonsvurderingen.

Økt kraftproduksjon fører imidlertid også med seg en rekke andre fordeler som er gunstige for lokalsamfunnet. Blant annet kan produksjonsøkningen i et velfungerende marked være med på å bidra til å sikre elektrisitetsforsyning til en rimelig pris for sluttbrukerne. Også dette må være relevant.

Ytterligere fordeler ved økt kraftproduksjon, er bidraget til å øke sikkerheten i den lokale strømforsyningen, med andre ord en fordel i forhold til forsynings-sikkerhet og beredskapsmessige hensyn. Som fremholdt under kapittel 2.1.1, er det viktig at de enkelte regionene opprettholder en viss selvforsyning i kraftproduksjonen. På den måten reduseres følsomheten overfor skader eller andre uforutsette hendelser som kan sette overføringsnettene ut av spill. Slike tiltak er viktige i det norske samfunnet, hvor kraftbehovet er stort og økende, og dessuten i det alt vesentlige basert på konstant strømtilførsel.

Videre har NVE i sine konsesjonsvedtak blant annet lagt vekt på at småkraft-utbygging vil sikre bosetning og inntektsgrunnlag for eiere som har jordbruk som hovednæring.²¹⁷ Vektlegging av disse hensynene skjer som ledd i en større distrikts-politisk sammenheng, og er en relevant fordel etter § 25.

Verdiskapningen fra utbygging og drift kan også føre med seg andre fordeler for lokalsamfunnet, eksempelvis skatter og avgifter til berørte kommuner, bygging av infrastruktur som kan benyttes også av andre enn kraftprodusenten m.v.²¹⁸ Videre kan kraftprosjekter være med på å finansiere lokale tiltak ut over det prosjektet selv har nytte av. Også slike fordeler må falle inn under ordlyden i § 25, med de begrensninger som oppstilles i § 1. Igjen vil det imidlertid være viktig å passe på at ikke fordelene krediteres tiltaket to ganger, først ved vurderingen av den samfunnsøkonomiske lønnsomheten og deretter som en fordel for lokalsamfunnet.²¹⁹

På tross av at kraftutbygging er svært innbringende økonomisk, har man ingen garanti for at inntektene blir værende i lokalsamfunnet – uansett om utbyggingen

²¹⁶ Se for eksempel NVEs KTV-notater nr. 15/2006 (Hjelle kraftverk) side 22, nr. 36/2005 (Sanddalselva) side 34, nr. 35/2005 (Frammarsvik kraftverk) side 23 og nr. 14/2005 (Storlia kraftverk) side 38.

²¹⁷ Se for eksempel NVEs KTV-notat nr. 15/2006 (Hjelle kraftverk) side 22.

²¹⁸ NVEs KTV-notat nr. 14/2005 (Storlia kraftverk) side 37.

²¹⁹ NOU 1994: 12 side 175-176.

er grunneierbasert eller ikke. Forblir inntektene i lokalsamfunnet, kan de bidra til å opprettholde bosetningen i distriktet, samt til å styrke eller opprettholde annen lokal næringsvirksomhet. Kraftprodusentene står likevel fritt til å bruke sine inntekter slik som de måtte ønske, og det er alltid en risiko for at verdiskapningen forsvinner ut av de berørte kommunene.

Det er derfor berettiget å stille spørsmål ved hvor stor tyngde dette hensynet bør ha ved vurdering av om konsesjon etter vannressursloven skal innvilges. Erfaringsmessig benytter imidlertid en del tiltakshavere – særlig grunneiere – de innvunne inntektene til lokal næringsutvikling m.v. Konsesjonsmyndigheten må derfor ha adgang til å vektlegge hensynet som en fordel ved kraftutbygging.

3.6.4.4 Optimal lokalisering av tiltaket

Hensynet til å sikre en optimal lokalisering av tiltaket vil også være relevant ved konsesjonsvurderingen.²²⁰ Ivaretagelse av dette hensynet forutsetter imidlertid inngående kunnskaper om vassdraget og alternative lokaliseringer. Hvor mange alternativer som må klarlegges og hvor grundig disse undersøkelsene skal være, vil i stor grad være et spørsmål om hvor store ressurser det er ønskelig å bruke under konsesjonsprosessen. Hensynet vil derfor komme sterkest inn der det er åpenbart at et tiltak kan lokaliseres like godt et annet sted der omgivelsene ikke er utsatt for de samme skader og ulemper.²²¹

Hvilken lokalitet som er å anse som den beste, er, som det påpekes i forarbeidene, et relativt spørsmål. Det er særlig tre ulike synsvinkler som kan legges til grunn:

- Lokalisering ut fra utbyggerens formål (som regel maksimal kraftproduksjon og andre økonomiske motiver).
- Hensynet til annen nåværende og fremtidig utnyttning av vassdraget.
- Ønsker om å bevare vassdragets naturlige funksjon (økologiske hensyn).

Mens utbyggeren gjerne vil ønske at den første synsvinkelen tillegges vesentlig vekt, må konsesjonsmyndigheten søke å balansere avgjørelsen slik at også de to siste tillegges tilstrekkelig vekt. Ut fra prinsippene om samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning, samt om ivaretagelse av vassdragets natur, må en samlet vurdering av disse synsvinklene være avgjørende. Hvilket resultat vurderingen medfører, er det imidlertid ikke så lett å si noe generelt om.²²²

²²⁰ NOU 1994: 12 side 174-175 og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 116, første spalte.

²²¹ NOU 1994: 12 side 174-175. Én side av hensynet er uttrykt i vresl. § 23 tredje ledd.

²²² NOU 1994: 12 side 174, andre spalte.

Reglene om saksutredning i vresl. § 23 tredje ledd sikrer indirekte at hensynet til å sikre en optimal lokalisering tas inn i konsesjonsvurderingen. Det heter der at dersom et vassdragstiltak «kan volde vesentlige skader eller ulemper, skal det legges vekt på å få utredet aktuelle alternativer som har en annen lokalisering, andre tekniske løsninger eller en annen utforming».

Ordlyden oppstiller bare krav om utredning av alternative lokaliseringer når det omsøkte prosjektet har sterkt kvalifiserte virkninger. Det må dessuten foreligge «aktuelle alternativer». Med NVEs ord, som har fått departementets tilslutning,

«må eventuelle vurderinger av alternativer som kan dekke behovet på annen måte, baseres på vassdragsmyndighetens *generelle kunnskap* og ikke pålegges den enkelte utbygger» (min uthevning).²²³

Ytterligere en begrensning ligger i at utredningene bare kan gjelde tiltak av samme karakter som det planlagte – for vår del utbygging av vannkraftverk. Med andre ord er det adgang til å vurdere ulike fysiske plasseringer av tiltaket. Også andre tekniske løsninger enn de tiltakshaveren har foreslått, kan vurderes. Videre kan også en «annen utforming» vurderes. Dette må for eksempel innebære at konsesjonsmyndigheten kan vurdere om tiltaket kan iverksettes med en annen maskinytelse enn først omsøkt.

Er formålet med kraftutbyggingen å fremstille ny energi, innebærer dagens ordning derimot at det ikke vil være adgang for konsesjonsmyndigheten til å vurdere *andre typer* tiltak, eksempelvis muligheten for å bygge ut annen fornybar energi som vindkraft eller biobrensel.²²⁴ Dette er etter mitt syn en svakhet ved loven, som kommer særlig tydelig frem i dagens situasjon med knapphet på elektrisk energi, hvor det ville ha vært en stor fordel å kunne vurdere utbygging av en rekke alternative fornybare energikilder parallelt med vannkraftsøknader.

En annen side av spørsmålet er hvor vid NVEs adgang til å anbefale alternative lokaliseringer *bør* være. Blir adgangen for vid, overlates prosjekteringen av kraftutbyggingen i ytterste konsekvens til direktoratet. Jeg lar dette spørsmålet stå ubesvart.

Videre kan det stilles spørsmål ved hvem som skal betale for gjennomføring av utredninger om alternativ plassering. Slike utredninger er gjerne kostbare, og kan ikke kreves gjennomført for enhver pris. Etter å ha gjennomgått et utvalg konsesjonsvedtak fra NVE, har jeg funnet ett eksempel på at utbyggeren etter

²²³ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 127, andre spalte.

²²⁴ Eksempelen er hentet fra vassdragslovutvalgets mindretalls forslag om at også andre typer tiltak som kan tilgodese behovet bak søknaden, skal kunne kreves utredet i forbindelse med konsesjonsbehandling av tiltak som vil medføre vesentlige skader eller ulemper, se NOU 1994: 12 side 181-182.

direktoratets forespørsel står for utredningen.²²⁵ Det må antas at han også betaler for utredningen. I tillegg oppgis det i to saker at utbyggeren har lagt frem alternativer for plassering av kraftverk m.v.²²⁶ I disse siste tilfellene synes det som om utbyggeren har fremlagt alternativene på eget initiativ.

Vannressursloven gir ikke bestemmelser om hvem som skal bære kostnadene ved slike utredninger. Et mindretall i vassdragslovutvalget fremmet forslag om at avgjørelsen skulle skje etter en konkret vurdering fra konsesjonsmyndighetens side. Denne løsningen er etter mitt syn hensiktsmessig. Det må imidlertid i de fleste tilfeller være nærliggende at utbyggeren selv bekoster utredningen – i hvert fall under forutsetning om at den alternative plasseringen kan tenkes å være et reelt alternativ for utbygging.

I forarbeidene heter det dessuten at det

«[e]tter departementets syn vil (...) være naturlig å harmonisere reglene i vannressursloven med reglene i konsekvensutredningsbestemmelsene i plan- og bygningsloven, slik at vassdragsmyndigheten også kan pålegge tiltakshaver å utrede alternative tiltak som innebærer andre tekniske løsninger og annen utforming».²²⁷

Etter reglene i plan- og bygningsloven § 33-11 skal tiltakshaver bære kostnadene ved konsekvensutredninger. Når lovgiver ønsker samordning med disse reglene, og «pålegge» dessuten benyttes i en slik sammenheng som den gjengitte uttalelsen fra vannressurslovens forarbeider, er det nærliggende å tro at tiltakshaver ikke bare skal *forestå* utredningene, men også bære kostnadene.

Kan ikke lokalisering av det omsøkte tiltaket skje der tiltakshaver ønsker, oppstår ytterligere et spørsmål, som særlig er aktuelt ved småkraftutbygging. Situasjonen er at tiltaket best kan lokaliseres på en annen eiendom i det samme vassdraget, men som tiltakshaveren ikke har rådighet over.²²⁸ Problemstillingen blir hvorvidt det er nødvendig at særlig tungtveiende grunner taler for en slik alternativ plassering for at momentet kan tas i betraktning. I praksis blir spørsmålet om konsesjonsmyndigheten skal avslå søknaden, eller eventuelt gi konsesjon til utbygging med alternativ lokalisering. I det siste tilfellet henvises tiltakshaver til å skaffe seg rådighet over eiendommen ved avtale, eller gjennom å søke om ekspropriasjonstillatelse. Ønsket om å sikre en helhetlig forvaltning av vassdragene taler for at konsesjonsmyndigheten ikke begrenser vurderingen til bare å gjelde den samme eiendommen. Konsesjonsvurderingen kan i så fall også knyttes til andre

²²⁵ NVEs KTV-notat 11/2006 (Vågen kraftverk) side 33.

²²⁶ NVEs KTV-notater 9/2005 (Ofteidal kraftverk I og II) og 18/2005 (Måren kraftverk).

²²⁷ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 127, andre spalte.

²²⁸ Se avgrensningene under kapittel 1.3. Se også kapittel 4.3, hvor jeg oppstiller kriterier for å prioritere mellom konkurrerende søknader om tildeling av konsesjon for kraftutbygging.

eiendommer i det samme vassdraget, uavhengig av eierforholdene. Dette synet fremheves også i forarbeidene.²²⁹ Det heter imidlertid også at det for søkeren er

«liten hjelp i å få beskjed om at lokalisering på et annet sted som han ikke disponerer, er å foretrekke. Særlig for mindre vassdragstiltak kan det derfor være vanskelig å henvise søkeren til lokalisering et annet sted enn i vassdraget – eller i et annet vassdrag.»²³⁰

At det er «vanskelig» å henvise søkeren til eiendom han ikke selv eier, kan likevel ikke være avgjørende. Kriteriene for å innvilge konsesjon fremgår av § 25: Fordelene må overstige skader eller ulemper. Etter at konsesjon er innvilget, står tiltakshaver alltid fritt til å velge om det omsøkte tiltaket skal iverksettes eller ikke. Denne avgjørelsen må blant annet tas på bakgrunn av om det er mulig å erverve retten til å utnytte fallrettighetene.

3.6.4.5 Kortsiktige kontra langsiktige virkninger

Utbygging av et småkraftverk kan ha både kort- og langsiktige virkninger, som kan vise seg i form av både fordeler og skader/ulemper. Det kan stilles spørsmål ved om alle disse virkninger er relevante ved konsesjonsvurderingen.

Med kortsiktige virkninger tenker man særlig på sysselsetting i utbyggingsfasen, mens langsiktige virkninger kan være ulike fordeler for lokalsamfunnet eller forskjellige former for negative påvirkning på allmenne interesser, for eksempel i form av forringelse av livsgrunnlaget for plante- og dyrelivet i vassdraget eller påvirkning på vannføringen.

Det er ikke tvilsomt at *langsiktige* virkninger er relevante ved vurderingen etter § 25. En motsatt løsning ville ha vanskeliggjort en samfunnsmessig forsvarlig og helhetlig forvaltning av vassdragsressursene. Dessuten oppstiller bestemmelsens andre ledd en spesialregel for tiltak med varige virkninger, som må gjelde for så godt som all kraftutbygging. Det heter nærmere bestemt at når «et tiltak er av varig karakter eller av andre grunner kan få mer langsiktige virkninger, skal kravet i første ledd være oppfylt på lengre sikt».²³¹ Fordelene skal med andre ord overstige skader og ulemper også på lang sikt for at konsesjon skal kunne innvilges.

I praksis kan langsiktige virkninger og behov lett bli overskygget av de kortsiktige fordelene når konsesjonsvurderingen skal gjennomføres. Hensynet til bærekraftig utvikling tilsier imidlertid at langsiktige virkninger sikres en sentral

²²⁹ NOU 1994: 12 side 174, andre spalte.

²³⁰ NOU 1994: 12 side 174, andre spalte.

²³¹ Vresl. § 25 andre ledd.

plass i vurderingen, slik at vassdragsverdiene ikke forringes unødige.²³² Synspunktet fremheves også av Backer, som uttaler at «[r]ettspolitisk sett har jeg vanskelig for å godta at slike kortsiktige fordeler skal kunne motivere et varig, omfattende og irreversibelt naturinngrep».²³³

Kortsiktige fordeler av et tiltak viser seg særlig som virkninger av anleggsvirksomhet, for eksempel i form av økt sysselsetting i utbyggingsperioden. Anses disse som relevante ved konsesjonsvurderingen, kan det lett ha gått ut over det overordnede målet om samfunnsmessig forvaltning i et helhetsperspektiv. Slike fordeler knyttet til sysselsetting er svært velkomne i utkantdistrikter hvor småkraftutbygging typisk skjer.

Er derimot kriteriene som oppstilles i bestemmelsen oppfylt på lengre sikt, fremgår det av forarbeidene at også kortsiktige virkninger av kraftutbyggingen kan komme inn som en del av vurderingstemaet, og til slutt bli avgjørende for det endelige utfallet av saken.²³⁴

3.6.4.6 Andre momenter

Nødvendige følgetiltak kan være nært knyttet til selve kraftutbyggingen. Eksempler er bygging av anleggsveier som senere kan benyttes som lokalveier, eller bygging av kraftlinjer. Det er derfor naturlig å stille spørsmål ved hvorvidt konsekvenser også av slike følgetiltak skal vektlegges under konsesjonsbehandlingen. Slike konsekvenser blir i realiteten en avledet følge av kraftutbyggingen. Spørsmålet er også stilt i lovforarbeidene.

Enkelte følgetiltak er underlagt egne kontrollordninger, herunder blant annet konsesjonsregler. Den naturlige løsningen er da at samtlige konsekvenser – både fordeler og skader/ulempes – av følgetiltaket vurderes etter disse andre kontrollreglene.²³⁵

Er følgetiltakene derimot *ikke* underlagt egne regler, er situasjonen en annen. Gode grunner taler for at *skader og ulemper* som følge av nødvendige følgetiltak som ikke er underlagt egne konsesjonsregler, er relevante ved § 25-vurderingen. Hadde derimot skader/ulempes ved følgetiltakene *ikke* blitt anerkjent som relevante etter konsesjonsvurderingen, kunne enkelte negative konsekvenser av kraftutbyggingen ha falt utenfor enhver behandling.²³⁶ Dette kunne ha forhindret

²³² NOU 1994: 12 side 176, første spalte.

²³³ Backer (1987) side 23.

²³⁴ NOU 1994: 12 side 176, første spalte.

²³⁵ Dette gjelder for eksempel høyspente kraftlinjer, som er konsesjonspliktige etter enl. § 3-1.

²³⁶ NOU 1994: 12 side 175, andre spalte.

en helhetlig vurdering, noe som igjen kan gå ut over vassdraget og de allmenne interessene der, ved at vassdragsforvaltningen ikke skjer basert på all relevant kunnskap.

Fordeler forbundet med nødvendige følgetiltak som ikke er underlagt egne konsesjonsregler står i en noe annen stilling: Disse kan ikke alene begrunne innvilgelse av en konsesjonssøknad. Et tiltak som i seg selv ikke oppfyller konsesjonskriteriene, bør ikke kunne innvilges som følge av fordeler som kun gjør seg gjeldende i forhold til følgetiltakene.²³⁷ Det er i disse tilfellene mer nærliggende at følgetiltaket realiseres separat for å oppnå fordelene.²³⁸

Et annet spørsmål er hvorvidt det er relevant at utbyggeren allerede har *foretatt investeringer* som ikke så lett lar seg tilbakeføres. Anses dette for å være relevant, ville man lett kunne oppleve at utbyggerne foretar investeringer før konsesjonssøknaden sendes inn, og på denne måten sikrer seg at konsesjon tildeles. Denne løsningen ville kunne ha bidratt til å undergrave selve konsesjonsordningen, som baserer seg på en forhåndsutredning og deretter eventuell forhåndsgodkjennelse av det aktuelle tiltaket.²³⁹ Allerede foretatte investeringer kan derfor vanskelig tenkes å kunne være relevant ved konsesjonsvurderingen.

Om de *berørte parters holdninger* til småkraftutbyggingen, heter det i et av NVEs konsesjonsvedtak at

«NVE har vurdert planene slik de er forelagt og kan ikke se at det foreligger forhold som berører allmenne interesser slik at det er grunnlag for å gå imot konsesjon. Det er heller *ingen av høringspartene som går i mot prosjektet*» (min utheving).²⁴⁰

Uttalelsen foranlediger et spørsmål om hvorvidt det er et relevant moment at ingen av de berørte partene går imot småkraftutbyggingen, i den forstand at det kan begrunne innvilgelse av en konsesjonssøknad. Det kan selvfølgelig ses på som en «fordel» at ingen berørte parter går imot prosjektet. Anerkjennelse av dette som en relevant fordel ved tiltaket, ville imidlertid kunne undergrave konsesjonsordningen.

Situasjonen er en annen om private parter *går imot* utbyggingen. Når private interesser etter ordlyden i § 25 kan føre til at konsesjon nektes, vil dette være relevant ved vurderingen, så fremt begrunnelsene for å gå imot prosjektet er saklige.

Det fremgår av forarbeidene at også beredskapsmessige hensyn kan være relevante ved konsesjonsvurderingen. Dette må gjelde selv om slike hensyn

²³⁷ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 116, første spalte.

²³⁸ NOU 1994: 12 side 175, andre spalte.

²³⁹ NOU 1994: 12 side 176.

²⁴⁰ NVEs KTV-notat 9/2003 (Rivedal kraftverk) side 22.

normalt ivaretas av andre myndigheter enn konsesjonsmyndigheten.²⁴¹ Det samme gjelder naturvern hensyn.²⁴² En motsatt løsning – at hvert myndighetsorgan skulle holde seg strengt til «sine egne» hensyn – ville ha slått beina under ethvert ønske om en helhetlig forvaltning av vassdragsressursene.

3.6.5 Vernede vassdrag

I tillegg til de alminnelige reglene skal det «legges vesentlig vekt på hensynet til verneverdiene»²⁴³ ved behandling av søknader om konsesjonspliktig utbygging i vernede vassdrag.²⁴⁴ En eventuell innvilgelse skal også begrunnes nøye, slik at det fremgår hvordan verneverdiene antas å bli berørt, og at verdiene bevares selv om utbygging tillates.

Vernede vassdragene har, som alle andre vassdrag, ulike tålegrenser overfor inngrep i form av kraftutbygging. En forutsetning for å innvilge konsesjon i slike vassdrag er alltid at verneverdiene ikke svekkes.²⁴⁵ Kraftutbyggingens virkning på verneverdiene er med andre ord avgjørende for om konsesjon kan gis. Blant de viktigste kriteriene for å underlegge et vassdrag vern er mangfold (diversitet), uberørthet, sjeldenhet, representativitet og områdets betydning som referanseområde. Kriteriene kan videre referere seg til verdier av naturfaglig art (dyreliv og vegetasjon), kulturminneverdier, landskapsverdier eller friluftslivsinteresser.²⁴⁶

Med disse mer inngripende reglene som utgangspunkt, kan konsesjon også i vernede vassdrag bare innvilges om «fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser».²⁴⁷ Som en generell føring for den konkrete vurderingen som skal avgjøre om konsesjon kan innvilges, har NVE uttalt at vannføringsforholdene i vernede vassdrag generelt bør «ha att mykje av sin naturlige dynamikk og funksjon» for at konsesjon til utbygging av mikro- eller

²⁴¹ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 116, første spalte og side 343, andre spalte.

²⁴² Se Backer (1986) side 405 flg. og Eckhoff/Smith side 360 med videre henvisninger for en presentasjon av diskusjonen av om det kan oppstilles et forvaltningsrettslig spesialitetsprinsipp. Jeg forfølger ikke spørsmålet i denne avhandlingen.

²⁴³ Vresl. § 35 nr. 8.

²⁴⁴ Konsesjonsbehandling i vernede vassdrag kan som nevnt skje bare for prosjekter med installert effekt opp til 1 MW, se kapittel 3.5.4.

²⁴⁵ Innst.S. nr. 116 (2004-2005) side 6, første spalte.

²⁴⁶ Hva som har vært avgjørende for vern av det enkelte vassdraget, fremgår av Stortingets vernevedtak. Se også Backer (1986) side 280.

²⁴⁷ Jf. vresl. § 25, se kapittel 3.6.2 og 3.6.4.

minikraftverk skal kunne innvilges.²⁴⁸ Denne uttalelsen viderefører prinsippene som ligger til grunn for vassdragsvernet, nemlig at vassdragene som underlegges vern er særegne og bør bevares.

Flere vassdrag har blitt vurdert underlagt vern, uten at de har blitt omfattet av verneplanene eller andre vernevedtak. At et vassdrag har vært underlagt en slik vurdering, indikerer at det finnes spesielle verdier som ikke bør reduseres vesentlig av en eventuell utbygging. Det er naturlig å stille spørsmål ved om disse vassdragene befinner seg i en slags mellomstilling i konsesjonsbehandlingen, og videre ved hvorvidt verdiene som medførte at vassdraget ble vurdert for vern skal vektlegges særlig i en alminnelig konsesjonsbehandling.

Verdiene i vassdraget er i slike tilfeller ikke ansett som tilstrekkelig verneverdige, men vil likevel som regel representere allmenne interesser. Hensynet til å bevare disse verdiene er derfor uansett relevante ved konsesjonsvurderingen etter § 25.²⁴⁹ Her kommer imidlertid ikke reglene i vannressursloven kapittel 5 til anvendelse. Begrensningene som oppstilles gjennom verneplanene for vassdrag vil dermed ikke ha betydning.

Konsesjonsbehandlingen medfører en adgang til å fastsette vilkår etter vresl. § 26. På denne måten kan konsesjonsmyndigheten sikre at hensynene til verneinteressene ivaretas på best mulig måte selv om kraftutbygging tillates. Denne kontrollmuligheten ble tillagt stor vekt i forbindelse med at det ble åpnet for konsesjonsbehandling i vernede vassdrag.²⁵⁰ Adgangen til å knytte tyngende vilkår til innvilgelse av vannressurslovkonsesjoner sikrer, som vi skal se under kapittel 3.8, at skadevirkningene av kraftutbygging ikke blir unødige store.

3.7 Avveiningen – konsesjonsmyndighetens skjønnsutøvelse

3.7.1 Avveiningens karakter

Som vi har sett, heter det i § 25 at konsesjon «kan» innvilges om vilkårene er oppfylt – dersom fordelene overstiger skader og ulemper. Etter at konsesjonsmyndigheten har kartlagt de sannsynlige følgene av en planlagt småkraftutbygging, må de avveies.

²⁴⁸ NVEs avslag på søknad om konsesjon for bygging av Lonefossen minikraftverk i Sogn og Fjordane. Se note 163 i kapittel 3.5.4.

²⁴⁹ NVEs KTV-notat 22/2005 (Rongkleiv kraftverk) side 20.

²⁵⁰ St.prp. nr. 75 (2003-2004) side 21.

Viser det seg så at de samlede fordelene veier tyngre enn skadene og ulempene, må det foretas en helhetlig vurdering av om konsesjon skal innvilges. Denne avgjørelsen er overlatt til konsesjonsmyndighetens frie skjønn. Størrelsene som skal avveies mot hverandre er ikke direkte sammenlignbare, verken i penger eller noen annen felles målestokk, noe som gjør skjønnsadgangen relativt vid. Under kapittel 3.6.4 redegjorde jeg for en del momenter som er relevante ved denne vurderingen. I dette kapitlet oppstilles enkelte retningslinjer for hvordan skjønnet skal utøves – hvordan avveiningen skal foretas. Tema for dette kapitlet er med andre ord hvilken *vekt* de ulike momentene skal tillegges. I rettskildeteorien er diskusjoner omkring vektspørsmål på den annen side i hovedsak konsentrert om situasjoner med motstrid mellom ulike rettskildefaktorer, for eksempel hvor ordlydsfortolkning av lovteksten strider mot forståelsen som følger av bestemmelsens forarbeider.²⁵¹ Å gi en generell anvisning om hvilke momenter som skal være avgjørende for utfallet av skjønnsmessige vurderinger er en vanskeligere oppgave.

3.7.2 Skjønnsutøvelse etter vannressursloven

Konsesjonsbestemmelsen i vresl. §25 hjelper oss ikke noe særlig på veien mot å si noe mer konkret om avveiningen. Bestemmelsen fastsetter, som vi har sett, at konsesjon *kan* innvilges dersom fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser i vassdraget eller nedbørfeltet.

Som vi også har sett, danner hensynet til allmenne og private interesser utgangspunktet for konsesjonsvurderingen.²⁵² Krenkes disse hensynene på en unødig inngripende måte, skal søknad om konsesjon avslås. Fra bestemmelsens ordlyd kan vi derfor slutte at lokale skadevirkninger skal tillegges stor vekt. «Bevisbyrden» ligger på fordelene ved tiltaket – det er bare om disse er *større* enn skader og ulemper for lokale interesser at konsesjonsmyndighetens skjønnsadgang oppstår. Det kan imidlertid ikke utledes særlig mye fra ordlyden når det gjelder hvilke momenter som kan komme inn og begrunne et avslag når minstevilkåret er oppfylt.

Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper oppstiller som nevnt generelle begrensninger når det gjelder hvilke momenter som kan vektlegges ved skjønnsmessige vurderinger.²⁵³ Kravene til saklighet, likhet, forutberegnelighet, forsvarlighet m.v. gjelder også når jeg nå skal kartlegge hvor stor vekt de ulike relevante momentene skal tillegges ved konsesjonsvurderingen. I tillegg til bidraget

²⁵¹ Se for eksempel Boe (1993) side 168 flg. og Eckhoff/Helgesen side 333 flg.

²⁵² Se kapittel 3.4.

²⁵³ Se kapittel 3.6.4.

fra disse prinsippene, må retningslinjer for tolkningen utledes fra forarbeidene, lovens formålsbestemmelse og andre overordnede prinsipper.

Miljøhensyn tillegges som nevnt stadig større vekt under forvaltning av vannressursloven, herunder ved avveiningen etter § 25.²⁵⁴ Ivaretagelse av miljøhensyn skjer gjennom prinsippet som oppstilles i formålsbestemmelsen – å sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning. Som fremholdt tidligere, betegner dette prinsippet i realiteten «resultatet» etter enkeltavgjørelsene som tas i medhold av lovens regler. Hvorvidt det omsøkte tiltaket fremmer en bruk og forvaltning som er samfunnsmessig forsvarlig må derfor være et tungtveiende moment ved § 25-vurderingen – kanskje til og med det aller viktigste.

Om samfunnsøkonomisk lønnsomhet heter det i forarbeidene at «[p]å grunn av vassdragenes store betydning som fellesressurs for samfunnet, bør samfunnsøkonomisk lønnsomhet være et viktig moment i skjønnsutøvingen etter vannressursloven».²⁵⁵ At det likevel ikke er oppstilt krav om utarbeidelse av samfunnsøkonomiske analyser i forbindelse med konsesjonsvurderingen er, som vi har sett, et bevisst valg fra lovgivers side. Når konsesjonsbestemmelsen ikke inneholder noe minstevilkår om at et tiltak er samfunnsøkonomisk lønnsomt for at konsesjon skal kunne innvilges, vil dette hensynet «bare være et moment konsesjonsmyndigheten har plikt til å ta hensyn til ved sin vurdering, men altså ikke avgjørende for hvorvidt tillatelse skal gis».²⁵⁶ Dette er et utslag av utformingen av § 25: Hovedformålet for forvaltningen etter loven er å sikre en forsvarlig ressursutnyttelse, snarere enn å fremme lønnsomhetshensyn i en bredere forstand.

Et vassdragstiltak vil, som nevnt, lettere falle utenfor konsesjonsplikten ettersom de forventede virkningene blir mer hypotetiske og fjerne.²⁵⁷ Denne alminnelige forvaltningsrettslige regelen innebærer for eksempel at skader i selve vassdraget lettere utløser konsesjonsplikt enn skader som viser seg i sjøen. Fremstillingen har vist at vurderingen etter § 25 er langt videre enn konsesjonspliktsvurderingen etter § 8, i den forstand at både fordeler og skader/ulemper er relevante. Også dekningsområdet er videre etter § 25, ved at både allmenne og private interesser er relevante. Likevel må et tilsvarende resonnement kunne legges til grunn for avveiningen vi nå ser nærmere på. Dermed vil virkninger av tiltaket som ligger i lovens, og særlig i bestemmelsens, kjerneområde veie tyngre i beslutningsprosessen

²⁵⁴ Se kapittel 1.1 og St.meld. nr. 37 (2000-2001) kapittel 4.

²⁵⁵ NOU 1994: 12 side 173, første spalte.

²⁵⁶ NOU 1994: 12 side 173, første spalte.

²⁵⁷ Se kapittel 3.5.

enn mer fjerntliggende følger. Et utslag av dette er at skadevirkninger av et tiltak som viser seg i selve vassdraget vil veie tyngre enn de som viser seg i nedbørfeltet.

En annen side av dette synspunktet innebærer at mer fjerntliggende følger kan begrunne et avslag. For eksempel kan det tenkes at skadevirkninger som viser seg i sjøen medfører avslag på en konsesjonssøknad, selv om ikke skadevirkningene i vassdraget eller nedbørfeltet alene er store nok til at konsesjonsmyndigheten kan avslå en søknad²⁵⁸

3.8 Adgangen til å knytte vilkår til konsesjonen

For å gi en mer helhetlig fremstilling av konsesjonsmyndighetens styringsmidler, redegjør jeg i dette kapitlet kort for adgangen til å knytte tyngende vilkår til innvilgelse av konsesjonssøknader etter vannressursloven.

3.8.1 Den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlære

Konsesjonsbehandling av tiltak kan være tyngende for tiltakshaveren. For omgivelsene som blir berørt, vil imidlertid denne prosessen i det alt vesentlige være positiv, fordi det foretas en gjennomgang av tiltakets konsekvenser. Samtidig har konsesjonsmyndigheten innenfor visse rammer adgang til å knytte tyngende vilkår til innvilgelse av konsesjon. På denne måten kan fordelene ved kraftproduksjon oppnås i kontrollerte former, ved at det sikres at skader og ulemper ikke blir unødig store.

Den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlære gir en vid adgang til å fastsette tyngende vilkår i forbindelse med innvilgelse av søknader.²⁵⁹ Læren går ut på at vilkårene som oppstilles må ha saklig sammenheng med vedtaket for øvrig, slik at vilkåret er egnet til å tilgodese formål eller hensyn som er relevante for vedtaket. Samtidig kan ikke vilkåret være urimelig tyngende. Hvorvidt disse kriteriene tilfredstilles, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering.²⁶⁰

Vilkårlærens krav til forholdsmessighet mellom vedtak og vilkår gir seg utslag i at vilkår som fastsettes i forbindelse med vannressurslovs-konsesjoner kan være mindre omfattende enn vilkår i tilknytning til innvilgelse av konsesjonssøknader etter industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven.²⁶¹

²⁵⁸ Se NOU 1994: 12 side 428, første spalte.

²⁵⁹ Brekken m.fl. side 141.

²⁶⁰ NOU 1994: 12 side 178. Se også Eckhoff/Smith kapittel 25.

²⁶¹ Falkanger og Haagensen (red.) side 110.

3.8.2 Vannressurslovens vilkårshjemmel

Vresl. § 26 gir en alminnelig hjemmel for å fastsette konsesjonsvilkår for å motvirke skader eller ulemper som følge av konsesjonspliktige tiltak. Nærmere bestemt heter det at konsesjonsmyndigheten «kan» fastsette vilkår for å «motvirke skader eller ulemper for allmenne eller private interesser». Bestemmelsen tar sikte på å gi en klarere og mer presis hjemmel for vilkårsstillelse enn det som kan utledes fra den alminnelige vilkårs læren. Til sammen utgjør den alminnelige læren og vresl. § 26 konsesjonsmyndighetens hovedvirkemiddel for å forhindre at et kraftutbyggingstiltak som tillates iverksatt påvirker allmenne eller private interesser på en unødig inngripende måte.

Etter ordlyden er det opp til konsesjonsmyndigheten å avgjøre hvorvidt det i det enkelte tilfellet er nødvendig å fastsette vilkår. Selv om det nok kan tenkes tilfeller hvor det ikke er nødvendig, fastsettes vilkår i praksis ved innvilgelse av de langt fleste konsesjoner.²⁶²

Det heter i § 26 første ledd, annet punktum at det ved fastsettelse av vilkår «skal» legges vekt på å fremme sikkerhet mot skade på mennesker, miljø eller eiendom, noe som innebærer at det kan fastsettes krav om sikring mot ulykker. Videre skal vilkårene sikre en best mulig landskapsmessig tilpasning, samt opprettholdelse av det naturlige liv i vassdraget. Det dreier seg særlig om vilkår for å motvirke normalskader av tiltaket.²⁶³ En forholdsmessighetsbegrensning må likevel innfortolkes, slik at ikke ethvert tiltak underlegges disse vilkårene, uavhengig av hvilken ulempe eller utgift de medfører for tiltakshaveren.²⁶⁴

I § 26 første ledd, tredje punktum, bokstavene a-e angis et sett vilkår som *kan* fastsettes. Hensynene som angis her kunne ellers lett bli oversett, eller det kunne være tvilsomt om var aktuelle å fremme ved å fastsette vilkår. Oppregningen er ikke ment å være uttømmende, og også andre vilkår kan fastsettes for å motvirke skader eller ulemper.²⁶⁵ Disse må i så fall være i overensstemmelse med den alminnelige vilkårs læren slik denne er beskrevet ovenfor.²⁶⁶

Den alminnelige vilkårs læren oppstiller begrensninger med hensyn til hvilke vilkår det er adgang til å stille, og hvor tyngende disse kan være.²⁶⁷ Skrankene er imidlertid få når det gjelder adgangen til å fastsette vilkår for å begrense de

²⁶² Jf. NVEs konsesjonspraksis. Se note 31 til kapittel 1.4 for opplysninger om tilgang.

²⁶³ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 344, første spalte.

²⁶⁴ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 121, første spalte.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 343-344.

²⁶⁶ Se også Backer (1986) side 432 flg.

²⁶⁷ Brekken m.fl. side 142.

umiddelbare skadevirkninger av et vassdragstiltak.²⁶⁸ Ivaretagelse av slike hensyn ligger i kjerneområdet for loven, og det er en vid adgang til å fastsette vilkår som fremmer lovformålet. Når det derimot gjelder adgangen til å fastsette vilkår som ligger lenger fra bestemmelsens og lovens kjerneområde, medfører læren reelle skranker.

3.8.2.1 Særlig om vannstand og minstevannføring

Som redegjørelsen tidligere har vist, kan endringer i vannføringen som følge av kraftutbygging ha alvorlige virkninger for det enkelte vassdraget. For å avhjelpe disse virkningene, gir § 26 annet ledd hjemmel til å fastsette konsesjonsvilkår om vannstand og vannføring dersom disse kan påvirkes av tiltaket. Fastsettelsen skal skje i samsvar med § 10, som fastslår at det skal foretas en konkret vurdering av hvilke krav som bør oppstilles i det enkelte tilfellet.

Formålet med å fastsette vilkår er også her å begrense og minimere virkningene vannkraftutbyggingen har på vassdraget. Hovedregelen er, som redegjort for under kapittel 3.5.3, at minst den alminnelige lavvannføringen skal være tilbake ved uttak og bortledning av vann. I vassdrag hvor virkningene ved å fravike den alminnelige lavvannføringen har liten eller ingen betydning sammenlignet med fordelene, kan kravene derimot settes lavere enn dette, eller eventuelt frafalles helt.

Avgjørelsen om å fravike lovens utgangspunkt vil eventuelt være resultat av en konkret vurdering, der landskapsmessige, økologiske og økonomiske forhold ses i sammenheng. I § 10 annet ledd, bokstavene a-d oppregnes enkelte hensyn som er viktige i vurderingen, nærmere bestemt sikring av vannspeil, vassdragets betydning for plante- og dyreliv, vannkvalitet og grunnvannsforekomster. Forarbeidene nevner eksplisitt at det kan være aktuelt å gjøre unntak fra kravene om minstevannføring ved innvilgelse av konsesjon til elvekraftverk som leder vannet ut av sitt naturlige leie over en kortere strekning.²⁶⁹

I konsesjonspraksis har jeg funnet ett eksempel på at NVE etter en konkret vurdering har unnlatt å fastsette slike krav.²⁷⁰ Bakgrunnen var at restvannføringen etter utbygging ville være relativt stor. Unnlattelse av å fastsette krav til minstevannføring ville i det konkrete tilfellet ikke ha påvirket landskapsestetiske hensyn. Videre ville den betydelige restvannføringen i den nedre delen av vassdraget etter NVEs vurdering i stor grad ivareta det biologiske mangfoldet i elven.

²⁶⁸ NOU 1994: 12 side 178, andre spalte.

²⁶⁹ NOU 1994: 12 side 415, første spalte.

²⁷⁰ KTV-notat nr. 22/2005 (Rongkleiv kraftverk) side 23 (merknader til konsesjonsvilkårene).

Vurderingen i dette vedtaket er utpreget konkret. Vilkår om minstevannføring fastsettes i forbindelse med innvilgelse av de langt fleste konsesjoner etter vannressursloven. Bakgrunnen er at kraftutbygging som oftest vil påvirke vannføringen på en slik måte at det i perioder vil være nødvendig å slippe hele eller deler av vanntilsiget forbi turbinene.

3.9 Vurderingens to trinn – en sammenligning av §§ 8 og 25

Sammenholdes ordlyden i §§ 8 og 25, ser vi at flere interesser er relevante ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges, enn ved vurderingen av om konsesjonsplikten inntreffer. Mens vurderingen etter § 8 ensidig fokuserer på ulemper ved et planlagt tiltak, er vurderingstemaet etter § 25 langt videre. Det legges opp til en helhetsvurdering av både fordeler og ulemper. Løsningen er naturlig når man velger å ha et konsesjonssystem utformet i to trinn: Bestemmelsen om konsesjonsplikten inntreden skal fange opp alle tiltak som kan tenkes å være uønskede, mens selve konsesjonsvurderingen avgjør et tiltaks være eller ikke være. Det er effektivt å kun operere med én så inngående vurdering.

En annen ulikhet er at hensynet til private interesser først er relevant ved vurderingen av om konsesjon skal gis. Disse interessene vil, som redegjørelsen under kapittel 3.4 viste, ikke i seg selv ha betydning for hvorvidt et tiltak blir konsesjonspliktig eller ikke.

Lovens løsning forklares i forarbeidene med at private aktører må ha en mulighet til å ivareta sine interesser. Når det ikke kan forsvares å la private interesser utløse konsesjonsplikten, har lovgiver gitt dem anledning til å ivareta sine interesser i forbindelse med vurderingen av om konsesjon skal gis eller ikke. I forarbeidene fremholdes det videre at private aktørers interesser får en beskyttet posisjon ved avgjørelsen av konsesjonsspørsmålet, og at interessene dermed anses for å være ivaretatt på en tilstrekkelig måte.²⁷¹ Løsningen er valgt på bakgrunn av en avveining. Ved å bare la allmenne interesser være relevante har man ønsket, og klart, å holde grensen rundt konsesjonsplikten relativt snever. Konsekvensen av regelen er at man aldri vil komme så langt som til spørsmålet om konsesjon skal innvilges ved småkraftutbygginger som bare berører private interesser. Tiltaket vil kunne iverksettes fordi det ikke berører allmenne interesser, og dermed er unntatt fra reglene om konsesjonsplikt i vresl. § 8.

²⁷¹ Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 115, andre spalte.

Etter mitt syn er det imidlertid tvilsomt om det er tilstrekkelig å la private interesser være relevant først ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges. Å la også hensynet til private interesser utløse konsesjonsplikt ville riktig nok ha utvidet rammene om konsesjonsplikten på en ressurskrevende måte. En slik utvidelse kunne likevel ha blitt avhjulpet for eksempel ved å la tiltak som åpenbart ikke er særlig konfliktfylte starte opp uten noen nærmere konsesjonsbehandling. Tanken forfølges imidlertid ikke lenger enn dette her. Mange hensyn gjør seg gjeldende og må avveies i en slik vurdering, og det vil føre for langt å gå inn på disse her.²⁷²

Ytterligere en forskjell mellom §§ 8 og 25 er den fysiske avgresningen av bestemmelsenes virkeområde: Ved vurderingen etter § 8 skal interesser i vassdraget og sjøen tas med, mens det etter § 25 er interesser i vassdraget og i nedbørfeltet som er relevante. Bakgrunnen for løsningen er at konsesjonsordningen skal ivareta hensynene i vassdraget. Det ble ansett for å være for vidtfavnende å la også konsekvenser som ikke gir seg utslag her, men i nedbørfeltet, være omfattet. På samme måte som for private interesser, har man ansett det tilstrekkelig at slike interesser kommer inn ved vurderingen av konsesjonssøknaden, og eventuelt kan begrunne et avslag.²⁷³ Etter å ha gjennomgått forarbeidene til bestemmelsene, samt de generelle kapitlene i forarbeidene hvor lovens virkeområde behandles,²⁷⁴ er det likevel vanskelig å finne en god forklaring på hvorfor virkninger i sjøen kan utløse konsesjonsplikten, men ikke er relevante ved vurderingen av om konsesjon skal innvilges.

²⁷² Se også kapittel 5.3 hvor jeg vurderer hvorvidt dagens konsesjonsordning er egnet.

²⁷³ Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 103 og 327.

²⁷⁴ NOU 1994:12 side 104-110, 166-176, 411-413 og 428, og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 42-47, 98-105, 111-116, 327-329 og 343.

4 Konkurransen om utnyttelse av vassdragsressursene

4.1 Innledning

Under dette kapitlet tar jeg opp en problemstilling som har oppstått i løpet av den senere tiden. Konesjonsmyndigheten opplever i stadig økende grad at ulike aktører konkurrerer om å bli tildelt tillatelser for utnyttelse av vassdragsressursene. Selv om de faktiske konstellasjonene kan være mange, har alle konkurranse-situasjonene felles at flere aktører konkurrerer om å utnytte ett og samme vassdrag. De omsøkte tiltakene er dessuten uforenlige. Situasjonen er ikke særegen for småkraftprosjekter. I den senere tid har problemstillingen også oppstått i forbindelse med utbygging av vindkraftverk og større vannkraftverk.

Under kapittel 4.2 redegjøres det nærmere for problemstillingen og bakgrunnen for at konkurransesituasjonene har oppstått. Her angis også utgangspunktet for de rettslige vurderingene etter vannressursloven. Konesjonsreglene er skjønsmessig og generelt utformet, og oppstiller verken klare regler for avveiningen ved avgjørelsen av én enkelt søknad eller ved prioriteringen mellom flere søkere. Temaet under kapittel 4.3 er hvilke kriterier som kan være aktuelle for å skille konkurrerende søknader fra hverandre. Til slutt oppsummerer jeg drøftelsene, og skisserer mulige løsninger under 4.4.

4.2 Problemstillingen og det rettslige utgangspunktet

Konkurransen om utnyttelse av vassdragsressursene oppstår når flere aktører på en uforenlig måte ønsker å bygge ut det samme vassdraget. Én konflikttype har vi når ulike aktører ønsker å bygge ut prosjekter på omtrent samme størrelse, samtidig som prosjektene er uforenlige fordi de ønskes plassert på samme sted eller slik at det ene tar vannføringen fra det andre. En annen konfliktsituasjon oppstår dersom et stort prosjekt og trinnvis utbygging av flere små prosjekter gjensidig utelukker hverandre.

Konkurransesituasjonen i vassdraget kan med andre ord vise seg på flere ulike måter, og det lar seg ikke gjøre å angi samtlige konstellasjoner her. For å få en bedre oversikt over de ulike konflikttypene, kan de deles i tre hovedkategorier:

- Likeartede prosjekter (store/store eller små/små)
- Et stort kontra et lite prosjekt (Det store utelukker det lille, det lille utelukker det store eller det lille reduserer det store)
- Et stort kontra trinnvis utbygging av flere små, som gjensidig utelukker hverandre (Det store utelukker de små, eller de små utelukker det store)

Også på tiltakshaversiden kan de faktiske forholdene være mange. Utbyggingsplanene kan være initiert av flere grunneiere, flere eksterne aktører eller av en kombinasjon av grunneiere og eksterne aktører.²⁷⁵

Flere forhold ligger til grunn for denne nye situasjonen. Det er for det første naturlig å peke på at kraftmarkedet har blitt mer dynamisk i løpet av de siste 10-15 årene, særlig på grunn av kraftmarkedsreformen tidlig på 1990-tallet.²⁷⁶ De vassdragsorienterte konsesjonsreglene har i liten grad blitt endret i takt med den øvrige dereguleringen på området.

Politiske føringer har også stor betydning for at nye konkurransesituasjoner har oppstått. Med slutt på store utbygginger, kombinert med oppfordringer om utbygging av småskala vannkraft og støtteordninger, følger markedsstyring, lavere utbyggingskostnader og dermed også flere aktører. Det er dessuten et større spekter aktører involvert i utbygging enn tidligere, aktører både med og uten erfaring fra vannkraftutbygging. Videre er aktørene involvert i flere typer prosjekter enn tidligere, som dessuten iverksettes over hele landet.

Som redegjørelsen under kapittel 2 viste, er satsningen på utbygging av småkraftverk særlig begrunnet i at de mindre kraftverkene fører med seg begrensede miljøkonsekvenser, samtidig som de kan bety mye for næringsutvikling og opprettholdelse av bosetningen i distriktene, samt virke positivt inn på energiforsyning og forsyningssikkerhet.

Redegjørelsene under dette kapitlet avgrenses til å gjelde konkurrerende *vannkraft*prosjekter. Problemstillinger som kan oppstå når disse er uforenlige med andre typer prosjekter, som for eksempel vannuttak for jordvanning, behandles derfor ikke nærmere.

Grensen for konsesjonspliktens inntreden er den samme uavhengig av hvor mange prosjekter eller aktører som ønsker å bygge ut småkraftverk i det samme området. Heller ikke denne problemstillingen behandles nærmere.²⁷⁷

²⁷⁵ Jf. samtale med jurister hos NVE.

²⁷⁶ Se Hammer, særlig side 113 flg.

²⁷⁷ Jf. avgrensningene under kapittel 1.3.

Derimot kommer situasjonene med flere omsøkte prosjekter inn og rokker ved utgangspunktet om at konsesjon etter vannressursloven tildeles på bakgrunn av forhold ved det omsøkte prosjektet. Vi har tidligere sett at konsesjonsordningen etter vannressursloven er en ren tiltakskonsesjon, som kjennetegnes ved at forhold ved selve tiltaket er avgjørende for konsesjonsplikts inntreden og for avgjørelsen av om konsesjon skal innvilges.²⁷⁸ Slik systemet er utformet, gis det ingen nærmere anvisning på hvordan konsesjonsmyndigheten skal prioritere mellom konkurrerende søkere eller uforenlige prosjekter.

Det er derfor grunn til å hevde at lovverket, slik det er utformet i dag, er mangelfullt. Det er imidlertid klart at prioriteringen må gjøres. Hvilke kriterier som skal legges til grunn må i utgangspunktet fastlegges innenfor rammene av en tolkning av vresl. § 25 og øvrige prinsipper som kan utledes av vannressursloven.²⁷⁹ Situasjonen er så vidt jeg kan se ikke direkte berørt i forarbeidene til vannressursloven. Diskusjonene der relaterer seg snarere til en problemstilling som er kjent fra tidligere, nemlig konkurranse mellom ulike typer bruksformål.²⁸⁰

Alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsprinsipper oppstiller rammer for hvilke momenter som kan vektlegges. Av særlig interesse er forbudene mot usaklig forskjellsbehandling, vilkårlighet og uforholdsmessighet, som oppstilles gjennom myndighetsmisbrukslæren. Kravet om at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling er dessuten også interessant her.²⁸¹ Disse prinsippene representerer i realiteten ytterpunktene for hvilke momenter eller kriterier som kan legges til grunn ved enhver forvaltningsavgjørelse – også ved prioriteringen mellom konkurrerende søkere. Også reglene i eldirektiv II kan bidra til å løse konkurranse-spørsmålet.²⁸²

Disse alminnelige forvaltningsrettslige kravene er i hovedsak utviklet gjennom rettspraksis. Kravene retter seg dels mot fremgangsmåten og dels mot innholdet av forvaltningsavgjørelser, og er med på å oppstille grensene for hvilke hensyn eller kriterier som kan legges til grunn.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling har en side til alminnelige likhetsgrunnsetninger, og innebærer at forskjellsbehandling bare er tillatt dersom saklige hensyn begrunner avgjørelsen om la to tilsvarende saker få et ulikt utfall.²⁸³ Videre er vilkårlige avgjørelser som hovedregel forbudt – det siktes her til rene tilfeldighetsavgjørelser og til skjønnsmessige avgjørelser hvor viktige hensyn er oversett eller tillagt alt for liten vekt.²⁸⁴ Kravet om forholdsmessighet dreier seg om at tiltakene som

²⁷⁸ Se kapittel 3.2 til 3.6 for en nærmere redegjørelse.

²⁷⁹ Se kapittel 3.

²⁸⁰ NOU 1994: 12 side 129-130.

²⁸¹ Se Eckhoff/Smith side 52 flg. og 362 flg.

²⁸² Se kapittel 3.6.3.

²⁸³ Eckhoff/Smith side 365-367.

²⁸⁴ Eckhoff/Smith side 362-263.

iverksettes er egnet til å realisere formålet, samtidig som tiltaket ikke må gå ut over det som er nødvendig i det enkelte tilfellet.²⁸⁵ Til slutt oppstilles en sentral rettsikkerhetsgaranti gjennom kravet om forutberegnelighet. Det dreier seg nærmere bestemt om at hvilke momenter et vedtak kan bygges på og hvilket innhold det vil få, må fremstå som rimelig klart. Momentene bør dessuten være enkle å finne frem til, klare og lett forståelige, og ikke gjenstand for hyppige endringer.²⁸⁶

4.3 Mulige kriterier for å skille mellom konkurrerende prosjekter

Spørsmålet under dette kapitlet er hvordan konsesjonsmyndigheten kan prioritere mellom forskjellige søkere, med andre ord hvilke kriterier som kan legges til grunn for å avgjøre hvilket tiltak som skal innvilges konsesjon.

Drøftelsene i kapittel 4.3.1.1–4.3.1.4 skjer med den forutsetningen at *de øvrige forholdene ved de omsøkte tiltakene er identiske*. Med andre ord tar hver enkelt drøftelse utgangspunkt i hvorvidt det *enkelte momentet* er egnet for å skille mellom prosjekter som for øvrig er identiske. Forslag til løsninger blir angitt først under kapittel 4.4.

4.3.1 Forhold knyttet til de omsøkte tiltakene

4.3.1.1 Miljøvirkninger

Vi har tidligere sett at ordlyden i vresl. § 25 krever at de ventede miljøvirkningene av et planlagt småkraftverk tillegges vesentlig betydning for utfallet av konsesjons-søknaden. Betydningen disse hensynene skal tillegges er så stor at miljøvirkninger etter gjeldende rett er et av de viktigste hensynene ved konsesjonsvurderingen.²⁸⁷

Situasjonen kan ikke stille seg annerledes for konkurrerende prosjekter – miljøvirkninger må også her tillegges vesentlig vekt. Momentet er, så vidt jeg kan se, egnet til å skille prosjekter som ellers er identiske fra hverandre. På denne måten kan konsesjonsmyndigheten gjennom sine avgjørelser fremme de utbyggingsprosjektene som har minst inngripende virkninger på omgivelsene.

At miljøhensyn tillegges så stor vekt er i overensstemmelse med et ressursorientert grunnsyn for forvaltningen av vassdragene og områdene rundt, prinsippet om bærekraftig utvikling, samt vannressurslovens formålsbestemmelse. I tillegg følger det opp de politiske føringene om at miljøhensyn skal tillegges stor vekt.

²⁸⁵ Graver side 133 flg. og Eckhoff/Smith side 367-368.

²⁸⁶ Eckhoff/Smith side 52. Se også Frihagens forvaltningsrett (Bind I) side 50 flg.

²⁸⁷ Se kapittel 3.4 og kapittel 3.6.

4.3.1.2 Hvorvidt søkeren innehar fallrettigheter

Et annet mulig kriterium for å prioritere mellom konkurrerende søkere, er hvorvidt en eller flere av søkerne innehar hele eller deler av fallrettighetene som ønskes utbygd. Søknads- og saksbehandlingsprosessen i forbindelse med konsesjons-spørsmålet er bare det første hinderet på veien mot utbygging av ny produksjonskapasitet. Et egnet kriterium for å skille tiltak fra hverandre kan derfor være hvorvidt ytterligere hindringer er til stede eller ikke – jeg tenker på hindringer som består i tilegnelse av rett til å utnytte vannfallet og av eiendom for oppføring av nødvendige produksjonsanlegg.

Vannressursloven viderefører som nevnt prinsippet om grunneierens rett til å utnytte vassdragene. Dette innebærer i praksis at grunneieren har rett til å råde over vannfallene på sin eiendom, men med de begrensninger rettsordenen til enhver tid oppstiller. I forarbeidene heter det at

«[e]ieren har rett til å utnytte vassdraget så langt det ikke kreves offentlig tillatelse. *Hvis noen skal få tillatelse, er det i så fall normalt eieren.* Eieren kan også, med visse unntak, motsette seg andres bruk av vassdragene.»²⁸⁸ (min uthevning).

Denne uttalelsen tilsier at grunneieren gis tillatelse om han er blant de konkurrerende søkerne. Med de endringer som har skjedd i vassdragssektoren, er det imidlertid naturlig å stille spørsmål ved om dette utgangspunktet fortsatt bør gjelde. Så vidt jeg kan se, vil svaret være avhengig av hvordan eierkonstellasjonene er blant søkerne. Et spekter av typetilfeller og kombinasjoner kan tenkes – fra at ingen av søkerne har noen grunneierrettigheter, til 100 % hos én søker, og alle andelstall imellom disse utgangspunktene.²⁸⁹

Når søkeren innehar 100 % av fallrettighetene, vil nok mange oppfatte det som urimelig dersom andre søkere uten fallrettigheter innvilges konsesjon til utbygging av småkraftverk. Dette utgangspunktet er greit, men kan kompliseres ytterligere. En praktisk situasjon som passer inn under dette utgangspunktet er nemlig at eksterne aktører planlegger utbygging av et kraftverk, og at grunneieren sender inn en søknad på et senere tidspunkt, gjerne etter at planene er offentliggjort, som en form for protest eller innsigelse mot utbyggingen. Når utbygging av småkraftverk etter hvert har blitt innen rekkevidde for langt flere, kan det være vanskelig å avgjøre om grunneiers søknad er «reell», det vil si om prosjektet planlegges gjennomført

²⁸⁸ NOU 1994: 12 side 120, første spalte.

²⁸⁹ I mangel av andre kilder, er drøftelsene i dette kapitlet i stor grad basert på samtaler med jurister hos NVE og praktiserende advokater hos advokatfirmaet Thommessen.

dersom konsesjon innvilges, eller om søknaden utformes for eksempel for å hindre andre i å få konsesjon.²⁹⁰

Det er selvfølgelig et annet spørsmål hvorvidt det er relevant om søknaden er reell eller ikke. Selv om konsesjon innvilges, vil det jo være opp til konsesjonæren å avgjøre om utbygging skal påbegynnes eller ikke. Som vi imidlertid har sett, skal vassdragsressursene forvaltes blant annet ut fra prinsipper om samfunnsøkonomisk lønnsomhet. Dette tilsier at omsøkte prosjekter som mest sannsynlig ikke vil bli iverksatt, heller ikke innvilges konsesjon. Hvorvidt søknaden er reell eller ikke er dermed et relevant moment.

Holdningen har til nå likevel vært at grunneiere som innehar mer enn 50 % av fallrettighetene skal tildeles konsesjon. Dette er etter mitt syn i utgangspunktet et rimelig resultat. Innvilgelse av konsesjon til søkere uten fallrettigheter ville i slike tilfeller av mange blitt oppfattet som støtende og urimelig. Løsningen er dessuten en naturlig følge av det privatrettslige utgangspunktet som ligger til grunn for vassdragsutnyttelsen – eieren er berettiget til å utnytte fallrettighetene.

Mer problematisk er situasjonen hvor den av søkerne som besitter den største andelen av fallrettighetene eier *mindre enn 50 %*. Det er vanskelig å si noe generelt om hvem som bør gis tillatelse i slike tilfeller, idet ingen av partene har en enerett eller særlig berettiget forventning om å kunne utnytte fallrettighetene. Konsesjonsmyndigheten kan i slike tilfeller være henvist til å la andre kriterier være avgjørende for valget mellom søknadene.

Problematiske er det også når grensene for eierskap trekkes midt i elven, i såkalte grenseelver, hvor eierskapet til fallrettighetene ofte er delt med 50 % på hver grunneier. Hvilken grunneier som skal prioriteres i slike tilfeller, er et åpent spørsmål, og også dette må avgjøres på bakgrunn av andre kriterier.

Vassdragsreguleringsloven har enkelte regler for å løse problemstillinger som oppstår i situasjoner med flere involverte grunneiere, men heller ikke her er situasjonen hvor flere grunneierne ønsker å utnytte vassdraget uavhengig av hverandre løst. Derimot gir lovens § 9 regler om fellestiltak i vassdrag. Reglene gjelder tildeling av konsesjon når flere grunneiere har sluttet seg sammen til en forening til utbedring og utnyttelse av vassdraget i industrielt øyemed, en brukseierforening. Disse foreningene har, etter staten, fortrinnsrett til å bli tildelt konsesjon. Om en brukseierforening ikke er dannet, skal grunneierne dessuten gis anledning til å danne en slik før konsesjonsspørsmålet avgjøres.²⁹¹ Fellestiltak i vassdrag og

²⁹⁰ Er ikke denne søknaden reell, medfører innvilgelse av konsesjon en midlertidig utsettelse for den eller de øvrige søkerne: Det som regel fastsettes en frist for påbegynnelse av utbyggingen. Etter fristens utløp er det igjen åpent for å fremsette nye konsesjonssøknader.

²⁹¹ Jf. vregl. § 9 nr. 1 og 2.

forholdet til vannressurslovens regler ble drøftet i forarbeidene. Diskusjonen ga imidlertid ikke utslag i særlige regler for vannkraftutbygging som prioriterer brukseierforeninger på samme måte som etter vassdragsreguleringsloven.

En tilsvarende løsning kan imidlertid etter mitt syn ha gode grunner for seg også ved avgjørelsen om å prioritere mellom flere konkurrerende utbyggingsøknader etter vannressursloven. Det kan bringe med seg en rekke fordeler at vannressursene utnyttes av grunneierne i fellesskap. Blant annet kan man unngå at andre tvister oppstår mellom grunneierne, for eksempel ved at den ene grunneieren søker om tillatelse til å ekspropriere den andres fallrettigheter. Unngås slike tvister, vil dette ha samfunnsøkonomiske fordeler i form av ressursbesparelser både for konsesjonsmyndigheten og for grunneierne.

4.3.1.3 Samfunnsøkonomisk lønnsomhet

Vi har sett at samfunnsøkonomisk lønnsomhet er et relevant moment etter vresl. § 25. Hvilket av de omsøkte tiltakene som er mest lønnsomt i et samfunnsøkonomisk perspektiv, er også egnet til å skille konkurrerende prosjekter fra hverandre.

Hensynet til samfunnsøkonomisk lønnsomhet kan imidlertid ivaretas på mange måter. Her angis enkelte elementer som inngår i begrepet, og som kan tenkes å bli brukt til å skille konkurrerende prosjekter fra hverandre på en hensiktsmessig måte.

En måte å fremme samfunnsøkonomisk lønnsomhet på, er å unngå ekspropriasjonssaker og kompliserte forhandlinger med tilhørende høye transaksjonskostnader om tilegnelse av rettigheter til utnyttelse av vannfallet.

Et annet spørsmål er om det er mulig å anvende et alminnelig prinsipp om først i tid, best i rett. Dette synspunktet kan for eksempel føre til at den som først *sender inn* søknad om utbyggingskonsesjon, prioriteres. En slik ordning praktiseres for innvilgelse av mutingstillatelser etter bergverksloven.²⁹² Løsningen må imidlertid avvises – vektlegging av et slikt moment vil lett kunne gå på tvers av, og forhindre, prinsipper om samfunnsøkonomisk lønnsom utnyttelse og miljøvennlig utbygging.

På siden av temaet for denne avhandlingen – men like fullt aktuelt – er hvorvidt et av de omsøkte prosjektene går ut på å ruste opp eller utvide et eksisterende anlegg. Igjen er samfunnsøkonomisk lønnsomhet sentralt, fordi det som regel vil være fornuftig i et ressursperspektiv å iverksette opprustnings- eller utvidelsesprosjekter fremfor nye utbyggingsprosjekter.

²⁹² Lov 30. juni 1972 nr. 70 om bergverk (bergverksloven) § 19.

Det enkelte prosjektets forenlighet eller uforenlighet med annen fremtidig potensiell utnyttelse av vassdraget kan også tenkes å være egnet til å skille mellom konkurrerende prosjekter.²⁹³ Det er i mange tilfeller samfunnsøkonomisk gunstig at flere prosjekter iverksettes i et vassdrag, ved at ressursene som ligger i vassdraget på den måten utnyttes mer effektivt. Til denne problemstillingen er det imidlertid knyttet et viktig usikkerhetsmoment: Det er vanskelig for konsesjonsmyndigheten å ha en velbegrunnet oppfatning om hvilke utnyttelsesformer som er aktuelle i et bestemt vassdrag i fremtiden. Jeg synes derfor det er vanskelig å angi prosjektets forenlighet med fremtidig utnyttelse som et egnet kriterium for å skille mellom søknader.

Også tiltakets nærhet til overføringsnettene kan være relevant. Idet konkurrerende småkraftutbyggingsprosjekter stort sett befinner seg i relativ nærhet til hverandre og i det samme vassdraget, vil dette momentet likevel sjelden være egnet til å skille flere omsøkte prosjekter fra hverandre.

Den planlagte produksjonens fordeling mellom sommer- og vinterkraft kan også være egnet for å skille konkurrerende prosjekter fra hverandre. Som vi har sett tidligere, vil de fleste småkraftverkene benytte uregulert vannføring, og dermed ha størst produksjon i sommerhalvåret. Dette momentet egner seg likevel bedre for å skille mellom et prosjekt som planlegger å benytte konsesjonspliktige reguleringer, og et som planlegges iverksatt uten. Fordelingen mellom produksjon sommer- og vinterstid kan variere selv mellom to uregulerte prosjekter. Uavhengig av om vannføringen reguleres, ser NVE alltid en høy andel vinterkraft som en fordel ved et omsøkt tiltak. Momentet er derfor egnet for å prioritere mellom prosjekter som har ulik fordeling mellom produsert sommer- og vinterkraft.

4.3.1.4 Bedriftsøkonomisk lønnsomhet

Vi har tidligere sett at det etter gjeldende rett er opp til tiltakshaveren å vurdere den bedriftsøkonomiske lønnsomheten ved et prosjekt.²⁹⁴ Dette innebærer at prosjektets lønnsomhet ikke kan være avgjørende for konsesjonssøknaden. Momentet er likevel tillatt å ta i betraktning – det er relevant.²⁹⁵ Løsningen har gode grunner for seg ut fra markedsmessige hensyn. I et velfungerende marked vil tilbud og etterspørsel forholde seg til hverandre, og markedsmekanismene sikre at prosjekter som ikke er lønnsomme, heller ikke iverksettes.

²⁹³ Jeg vil ikke behandle prioriteringssituasjoner som oppstår som følge av at det ikke er nok vann til alle – knapphetssituasjoner, se NOU 1994: 12 side 292 flg.

²⁹⁴ Se kapittel 3.6.4.2 over.

²⁹⁵ Bedriftsøkonomisk lønnsomhet kan derimot som nevnt i kapittel 3.6.4.2 inngå som et moment ved vurderingen av prosjektets samfunnsøkonomiske lønnsomhet.

Hvorvidt et prosjekts bedriftsøkonomiske lønnsomhet er egnet til å prioritere mellom flere konkurrerende prosjekter, er derimot et annet spørsmål. Vi har sett at småkraftverkene kan representere et viktig bidrag til den lokale næringsutviklingen, opprettholdelse av bosetningen i distriktet, den lokale strømforsyningen m.v. En fordel ved prosjekter med gode økonomiske forutsetninger er som regel at disse har bedre forutsetninger for å holdes i gang over en lengre tidsperiode, noe som igjen vil kunne medføre en mer stabil og langvarig påvirkning på forholdene lokalt. Etter mitt syn bør et tiltaks bedriftsøkonomiske lønnsomhet derfor kunne være relevant i konkurransesituasjoner.

4.3.2 Forhold ved tiltakshaver

4.3.2.1 Kompetansekrav

Etter eldirektiv II artikkel 6 nr. 2 bokstav h, kan «bevillingsansøgerens karakteristika *såsom* teknisk, økonomisk og finansiell formåen» vektlegges ved konsesjonsvurderingen (min utheving). Under dette kapitlet vil jeg redegjøre for hvorvidt forhold ved søkeren, i form av kompetansekrav, kan være egnet for å skille søkere fra hverandre.

Et ønske om å kunne la slike forhold ved søkeren være relevante ved avgjørelsen av konsesjonsspørsmålet vokser naturlig ut av situasjonen med flere konkurrerende prosjekter. Når flere søkere melder sin interesse for å bygge ut vannfall til kraftproduksjon, har konsesjonsmyndigheten en foranledning til å sikre at utbyggingen skjer på en mest mulig optimal måte. Etter vannressurslovs-konsesjonene er det i dag i prinsippet full adgang til å sette bort hele eller deler av virksomheten. Konsesjonene er som nevnt rene tiltakskonsesjoner.²⁹⁶ Innvilgelse av konsesjon etter § 25 innebærer en omfattende rett til å forvalte verdifulle samfunnsressurser, en rettighet det ikke er gitt at enhver forvalter på en tilfredsstillende måte.

Kompetansekrav er kjent fra andre deler av energirettens område. Blant annet kreves anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1 for å «bygge eller drive» høyspente elektriske anlegg.²⁹⁷ Dette kriteriet ble på et tidspunkt vurdert endret til «bygge eller

²⁹⁶ Adgangen til å sette bort driften kan imidlertid begrenses av vilkårene fastsatt i forbindelse med innvilgelse av konsesjon etter vannressursloven. Se Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 132, første spalte.

²⁹⁷ Kompetansekrav er også kjent fra petroleumssektoren. Blant annet angir forskrift 27. juni 1997 nr. 653 til lov om petroleumsvirksomhet (OED) (petroleumsforskriften) § 10 første ledd bokstav a «søkerens tekniske kompetanse og finansielle kapasitet» som relevante kriterier ved tildeling av utvinningstillatelser.

ie» (min utheving).²⁹⁸ Bakgrunnen var et ønske om å åpne for mer fleksible driftsmodeller på energisektoren, samtidig som eieren av høyspente anlegg fortsatt skulle ha ansvaret for en sikker og hensiktsmessig drift. Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt.²⁹⁹

Begrunnelsen for at konsesjonsplikten er knyttet til funksjonelle kriterier, «drift», av elektriske anlegg, er samfunnets behov for kontroll. Virksomheten under anleggskonsesjoner gjelder tekniske og sikkerhetsmessige sider ved kraftproduksjon og nettvirksomhet. Selve driften av anleggene utgjør risikoer og nødvendiggjør kontroll.

Kriteriet om at konsesjonæren må stå for driften av anlegget, innebærer at det er grenser for hvor stor del av driften som kan settes bort uten at det er nødvendig å søke ny anleggskonsesjon. Enhver driftsbortsettelse må dessuten vurderes konkret for å avgjøre om konsesjonæren fortsatt kan sies å «drive» anlegget. Det er ikke tilstrekkelig at konsesjonæren ivaretar et rent formelt og økonomisk ansvar for virksomheten. Situasjonen er snarere den at han må ha tilstrekkelig mannskap i form av egne ansatte med nødvendig kompetanse til å forvalte virksomhetens plikter etter lov, forskrifter, konsesjoner og avtaler. Konsesjonæren må dessuten også ha beslutningsmyndighet i forhold til anleggene.³⁰⁰

Et tilsvarende kriterium kan etter mitt syn være hensiktsmessig å legge til grunn for prioriteringen mellom konkurrerende søkere. For småkraftutbyggere kan det være aktuelt både å overlate driften til andre aktører og å selge seg ut av virksomheten. Det vil ikke alltid være gitt at de nye involverte aktørene forvalter vassdragsressursene på en måte som er ønskelig eller tilfredsstillende, eller som ville ha ført til innvilgelse av konsesjon i første omgang. Krav til teknisk kompetanse eller at konsesjonæren må inneha beslutningsmyndighet i forhold til forvaltningen av anlegget kan være egnede krav for å sikre at ressursutnyttelsen skjer på en forvarlig og ønsket måte.

4.3.2.2 Andre forhold

Også andre forhold ved søker kan tenkes å utgjøre aktuelle kriterier for å skille mellom konkurrerende prosjekter. Som vi så under det foregående kapitlet, angir eldirektiv II artikkel 6 bokstav h enkelte eksempler på forhold ved søker som kan være avgjørende for konsesjonssøknaden. Ved at bestemmelsen angir enkelte forhold ved søkeren som relevante, representerer den et argument for at det er

²⁹⁸ Se Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) kapittel 3.3.

²⁹⁹ Jf. Innst.O. nr. 112 (2000-2001) og Forh.O. 30. mai 2001.

³⁰⁰ Se Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) side 30, første spalte og Martinsen, Bibow og Støle side 50.

adgang til å vektlegge også andre forhold ved søkeren. Dette kan likevel selvfølgelig bare skje innenfor rammene som oppstilles av alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsprinsipper.

Flere forhold ved søkeren kan tenkes å være egnet til å skille ham fra andre søkere. For eksempel kan konsesjonsmyndighetens undersøkelser avdekke at én søker har særlig god eller dårlig økonomi. Både positive og negative forhold kan tenkes å være aktuelle.

Søkerens økonomiske og finansielle situasjon vil, på samme måte som prosjektets bedriftsøkonomiske lønnsomhet jf. kapittel 4.3.1.4 ovenfor, kunne være avgjørende for hvordan prosjektet lykkes. Har søkeren gjennom sine tidligere handlinger vist at han har lyktes med småkraftprosjekter eller annen industrivirksomhet, er sannsynligheten for at også denne utbyggingen iverksettes, og eventuelt også blir overskuddsbringende, større. Selv om man aldri kan ha noen garantier for at slike overskudd går tilbake til lokalsamfunnet i form av for eksempel videre investeringer, viser det seg at de ofte gjør det.

Et annet eksempel på forhold ved søker som kan være relevante er tidligere erfaringer med vedkommende, enten i forbindelse med kraftproduksjon eller annen virksomhet. Har en av søkerne tidligere vært involvert i miljøkriminalitet, bør dette kunne vektlegges. Historiske forhold forteller på den annen side ikke noe konkret om hvordan gjennomføringen av det omsøkte prosjektet vil være, men de kan likevel antyde noe om hvor seriøs og pliktoppfyllende aktøren er. Det må derfor etter mitt syn også være adgang til å vektlegge positive erfaringer med en søker – fortsatt under forutsetning av at momentene er saklige.

Atter andre forhold ved søker som kan være relevante er hans forhold til kommunen og lokalmiljøet, samt hans omdømme for øvrig. Disse forholdene kan imidlertid få ulike utslag. Grunneiersøknader bør muligens prioriteres. Som jeg redegjorde for tidligere, må man imidlertid ha for øye at disse i enkelte tilfeller utarbeides med formål å trenere andre seriøse søknader. Jevnt over vil det derimot være sentralt om et tiltak møtes med liten eller stor interesse lokalt. Lokalinteressene blomstrer gjerne når utbygging skjer av aktører med eierskap til ressursene. Utbygging fører dessuten som regel med seg økt lokal aktivitet i anleggsperioden, økte arbeidsplasser, samt økte skatter og avgifter til kommunen.

4.4 Oppsummering – mulige løsninger

Så langt i dette kapitlet har jeg kastet en rekke momenter opp i luften. Nå vil jeg forsøke å samle dem til mer håndfaste retningslinjer for hvordan prioriteringen mellom konkurrerende utbyggingssøknader skal skje. Uansett hvilke kriterier som blir avgjørende, kan prioriteringen skje på ulike måter. Den mest nærliggende

løsningen er for konsesjonsmyndigheten å angi hvilke kriterier som kan være aktuelle for avgjørelsen, og så prioritere disse innbyrdes. På denne måten kan tiltakshaverne gjøre seg kjent med hvilke kriterier som jevnt over vil tillegges stor eller mindre stor vekt når konsesjonsmyndigheten prioriterer mellom konkurrerende prosjekter.

Det er viktig å presisere at konsesjonsmyndighetens avgjørelse av hvilke kriterier som skal legges til grunn for avgjørelsen om å prioritere mellom flere konkurrerende søkere må skje innenfor de rammer som oppstilles av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Særlig viktig er prinsippet om saklighet – alle forvaltningsavgjørelser skal baseres på saklige kriterier.

I tråd med ordlyden i vresl. § 25 og praksis etter bestemmelsen, vil de omsøkte prosjektenes miljøvirkninger veie tungt i beslutningsprosessen. Jeg vil gå så langt som å si at disse virkningene bør være avgjørende for utfallet av prioriteringen. Synspunktet fremheves også av NVE, når det i forbindelse med prioritering mellom to konkurrerende søknader uttales at det legges

«avgjørende vekt på faglige vurderinger der total miljøbelastning og ressursutnyttelse er avgjørende.»³⁰¹

Dersom miljøvirkningene er så like at konsesjonsmyndigheten ikke klarer å prioritere mellom konkurrerende prosjekter på dette grunnlaget, blir situasjonen straks mer komplisert. Samfunnsmessig forsvarlig ressursutnyttelse er et overordnet mål for forvaltningen etter vannressursloven, jf. formålsbestemmelsen i § 1.

Hvor god den samfunnsøkonomiske lønnsomheten er for de ulike omsøkte prosjektene, må dessuten være et viktig moment for å prioritere mellom konkurrerende søkere. Sentralt her er momenter som produksjonens fordeling mellom sommer- eller vinterkraft, hvorvidt prosjektene er nye utbygginger eller innebærer opprustning eller utvidelse av et eksisterende anlegg, eller andre elementer som inngår i begrepet samfunnsøkonomisk lønnsomhet. NVE har blant annet uttalt at

«[v]ed vurdering av ressursutnyttelsen legger NVE vekt på både størrelse på produksjonen og kvaliteten på kraften. Høy kvalitet på kraften tillegges vekt fordi NVE ser at en stor del av forventet tilgang på ny elektrisk kraft vil være uregulert kraft fra vindmøller og småkraftverk. NVE mener derfor det er viktig å fremme vannkraftprosjekter som utnytter eksisterende eller nye reguleringsmagasin.»³⁰²

³⁰¹ NVEs innstilling til OED om avgjørelse av søknad om bygging av Kjensvatn kraftverk på side 151.

³⁰² NVEs innstilling til OED om avgjørelse av søknad om bygging av Kjensvatn kraftverk på side 151.

Hvilket prosjekt som sikrer energiforsyning eller forsyningsikkerhet på en best mulig måte kan også tas i betraktning. Det samme gjelder hvorvidt noen av søkerne er innehaver av rettigheter til å utnytte vannfallet. Dette momentet kan komme inn fordi det i et samfunnsøkonomisk perspektiv er gunstig å unngå ekspropriasjonsaker, men også fordi en søker med en stor andel grunneierrettigheter har en berettiget forventning om å bli tildelt konsesjon for utnyttelse av vassdraget.

Jeg vil ikke rangere elementene som inngår i begrepet samfunnsmessig ressursutnyttelse nærmere i forhold til hverandre, og gjør heller ikke noe forsøk på å oppstille en uttømmende liste over begrepets innhold. Prioriteringen mellom konkurrerende prosjekter må uansett bero på en konkret vurdering. Her er det derfor tilstrekkelig å angi at de konkurrerende prosjektenes samfunnsøkonomiske lønnsomhet jevnt over bør tillegges stor vekt.

På tidspunktet for vannressurslovens vedtakelse var det ikke i lovgivers tanker at det skulle være aktuelt å prioritere bygging av småkraftverk fremfor større kraftverk i det samme vassdraget. Det ble snarere oppfattet som en selvfølgelig løsning at et større kraftverk skulle prioriteres på grunn av de store gevinstene som økt kraftproduksjon består i. Utbygging av større kraftverk ble ansett for å representere en gunstigere bruk av samfunnsressursene.

Gjennomføring av dette synspunktet ville i dag ha medført at konsesjonsøknader i forbindelse med småkraftverk måtte avslås om utbygging kunne være til hinder for en fremtidig, større utbygging. Samtidig ville et større kraftverk gå seirende ut dersom konkurransen sto mot et lite prosjekt. Denne løsningen kan til dels forsvares: Vi har sett at konsesjonsmyndigheten ser positivt på en stor andel vinterkraft, noe som ofte kommer større prosjekter til gode.

I dag er miljøvirkningene imidlertid ansett for å være viktigere enn tidligere. Et særlig vanskelig spørsmål oppstår fordi de små prosjektene har mindre inngripende virkninger på miljøet, samtidig som de større representerer en bedre samfunnsmessig ressursutnyttelse. Det er vanskelig – om ikke umulig – å gi en generell anvisning på hvordan avveiningen skal skje i slike tilfeller.

Over redegjorde jeg også for at forhold ved tiltakshaveren kunne tenkes å være aktuelt ved prioriteringen mellom konkurrerende konsesjonsøknader. Det er ikke fullt så åpenbart at slike forhold er relevante ved prioriteringen, men jeg mener likevel at dette er tilfellet. Når konsesjonsmyndigheten er tilkjent en vid skjønnsadgang, er det opp til myndigheten å avgjøre hvilke kriterier som inngår i vurderingen. Som vi har sett, oppstiller formålsbestemmelsen og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper visse grenser for hvilke kriterier som kan vektlegges. Forhold ved tiltakshaveren tilfredsstiller disse øvrige kravene. At momentene ligger mer på siden av hva som vanligvis legges i begrepene «allmenne og private

interesser», kan derfor ikke være avgjørende. Disse begrepene må i praksis tøyes lenger desto likere de omsøkte prosjektene og aktørene er. Konesjonsmyndigheten er nødt til å treffe en avgjørelse. Begrepene må derfor tøyes slik at eventuelle kriterier kan oppstilles.

At det kan være vanskelig å skille to eller flere prosjekter fra hverandre kommer særlig på spissen i forbindelse med den første kategorien jeg oppstilte under kapittel 4.2 – konkurrerende, like prosjekter. Dess mer overlappende prosjektene er, dess mer grunn til å legge vekt på andre faktorer enn egenskaper ved selve prosjektet. Her kan forhold ved tiltakshaver, hans forhold til kommunen og lokalmiljøet, eller hvilken søker som har størst andel av grunneierrettighetene komme inn og styre avgjørelsen i favør av en av søkerne.

Er prosjektene virkelig like, må det vurderes om også andre forhold, som for eksempel kvaliteten på søknader eller utredninger kan gi informasjon som kan skille prosjektene fra hverandre på en hensiktsmessig måte.

Viser prosjektene og tiltakshaverne seg til slutt å være identiske, slik at konsesjonsmyndigheten ikke kan ta en avgjørelse uten å bryte med de alminnelige forvaltningsrettslige prinsippene som forbyr usaklig forskjellsbehandling, vilkårlighet m.v., kan konsesjonsmyndigheten henstille partene til å oppnå enighet seg imellom. Dette må være å anse som en absolutt siste utvei, idet konsesjonsmyndigheten ikke kan tvinge søkerne til å oppnå enighet. Det skal imidlertid mye til før en sak kommer på spissen slik at dette blir nødvendig.

5 En vurdering av dagens konsesjonssystem

5.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg vurdere enkelte elementer i konsesjonssystemet på vassdragssektoren, slik det ser ut i dag.

Nærmere bestemt vil jeg under kapittel 5.2 stille spørsmål ved om det er hensiktsmessig å bruke ulike typer grenser for konsesjonspliktens inntreden i de forskjellige vassdragslovene. Jeg tar for meg reglene i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven, som opererer med absolutte grenser for konsesjonspliktens inntreden, og vannressursloven, som har en skjønsmessig grense. Spørsmålet under 5.3 er om konsesjonsordningen i vannressursloven slik denne ser ut i dag er velegnet som middel for å føre kontroll med aktiviteten i vassdragene. Her vurderes det også om andre former for forhåndskontroll kan tenkes å være mer hensiktsmessige.

Spørsmålet om hvorvidt *etterhåndskontroll* med iverksettelse av tiltak kan tenkes å være egnet, blir derimot ikke behandlet. Vannkraftutbygging medfører irreversible virkninger for vassdraget som ikke hensiktsmessig kan ivaretas gjennom slike etterfølgende kontrollmekanismer.

5.2 Konsesjonspliktens inntreden etter de ulike lovene på vassdragsområdet

5.2.1 Innledning

Som avgrensningene under kapittel 1.3 viste, må småkraftutbyggere forholde seg til en rekke ulike regelsett – både konsesjonsregler og annet offentlig- og privatrettslig regelverk. Dette er i og for seg verken nytt eller annerledes sammenlignet med situasjonen for de større kraftverkene. Det som imidlertid er nytt, er at mange av aktørene som bygger ut småskala vannkraft ikke har erfaring fra tidligere. Det omfattende regelverket kan derfor oppfattes som unødig komplisert. Med OEDs ord vanskeliggjør en omfattende konsesjonsprosess

«etableringen av små vannkraftanlegg. Dette har i stor grad sammenheng med at utbyggere av slike anlegg ofte er grunneiere som ikke har hatt mulighet til å sette seg inn i konsesjonsregelverket og konsesjonsprosessen.»³⁰³

Formålet med dette kapitlet er å undersøke hvilke typer grenser for konsesjonspliktens inntreden som er hensiktsmessige på vassdragsområdet, absolutte eller skjønnsmessige. Til slutt tar jeg i kapittel 5.2.2.3 for meg hvilke samfunnsøkonomiske konsekvenser manglende samordning av regelverket kan ha.

5.2.2 Konsesjonspliktens inntreden etter de ulike lovene

5.2.2.1 Absolutte og skjønnsmessige grenser

Blant reglene som oppstiller absolutte grenser for konsesjonspliktens inntreden, er *industrikonsesjonsloven* § 1: Konsesjon kreves for erverv av «eiendomsrett eller bruksrett til vannfall (fall eller stryk) som ved regulering antas å kunne utbringes til mer enn 4.000 naturhestekrefter».³⁰⁴ Når 4000 naturhestekrefter tilsvarer rundt 5 MW,³⁰⁵ ser vi at bare erverv av fall som kan utnyttes i de mellomstore og store småkraftverkene er omfattet av konsesjonsplikten.³⁰⁶

Også *vassdragsreguleringsloven* anvender absolutte grenser for å angi når konsesjonsplikten etter loven inntreder. Lovens § 2 oppstiller konsesjonsplikt for utnytting av vann i reguleringsmagasiner for bruk til kraftproduksjon – så fremt reguleringen øker vannkraften «med minst 500 naturhestekrefter i et enkelt eller flere vannfall som kan utnyttes under ett», eller «med minst 3.000 naturhestekrefter i hele vassdraget».³⁰⁷

Det fremgår av ordlyden at regulering m.v. av vannføringen må skje til produksjon av elektrisk energi,³⁰⁸ samt bestå i en utjevning av årsvannføringen³⁰⁹ for å være omfattet av konsesjonsplikten. Det store flertallet av småkraftverk er som nevnt rene elvekraftverk, hvor produksjonsreguleringen

³⁰³ Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) side 6, første spalte.

³⁰⁴ Se Urquieta side 29 flg., Falkanger og Haagensen (red.) side 274 flg. og Innst. O. nr. 75 (2003-2004). Konsesjonspliktens grense ble hevet fra 1000 til 4000 nat.hk. i 2004, noe som innebar en betydelig forenkling av regelverket.

³⁰⁵ Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) side 12, andre spalte.

³⁰⁶ Erverv av vannfall som egner seg for utnyttelse i mindre småkraftverk er derimot som regel omfattet av konsesjonsreglene i konsesjonsloven. Disse reglene blir ikke behandlet nærmere her, idet de ikke reiser særlige problemstillinger for småkraftverkene.

³⁰⁷ Jf. vregl. § 2 bokstav a og b.

³⁰⁸ Blant annet regulering for drikkevannsforsyning, jordvanning eller produksjon av prosessvann til industrien vil dermed falle utenfor konsesjonsplikten. Avgrensningen kan kritiseres, idet reguleringskonsekvenser ikke nødvendigvis avhenger av formålet.

³⁰⁹ Se Falkanger og Haagensen (red.) side 284-285.

skjer ved hjelp av konsesjonsfrie inntaksdammer. Dermed er det bare de større småkraftverkene som kan gjøre bruk av slike reguleringstiltak.

For kraftutbyggingstiltak med midlere årsproduksjon på 40 GWh, mellom 8 og drøyt 11 MW installert effekt,³¹⁰ eller mer, gjelder enkelte særregler. Blant annet kommer en del av vassdragsreguleringslovens regler til anvendelse istedenfor vannressurslovens, selv om det ikke gjøres bruk av konsesjonspliktige reguleringer.³¹¹ Disse produksjonsanleggene er av en slik størrelse og med så betydelige konsekvenser at det er ansett som hensiktsmessig at de grundigere saksbehandlingsreglene og mer omfattende vilkårsreglene i vassdragsreguleringsloven kommer til anvendelse.

Når konsesjonsplikt etter industrikonsesjonsloven eller vassdragsreguleringsloven inntreffer, underlegges ervervet eller reguleringen en omfattende konsesjonsprosess. Denne prosessen kan innebære forsinkelser for småkraftprodusentene. Saksbehandlingsreglene er detaljerte, samtidig som det stilles strenge krav til utarbeidelse av søknad og opplysning av saken.³¹²

Med innvilgelse av konsesjon følger normalt et omfattende sett av vilkår, blant annet om avgivelse av konsesjonskraft og konsesjonsavgift.³¹³ Et av de viktigste vilkårene som fastsettes i forbindelse med konsesjoner til private, er at konsesjonen gis for maksimalt 60 år. Ved konsesjonstidens utløp skal vannfallet, kraftstasjonen m.v. tilfalle staten vederlagsfritt. Denne hjemfallsretten innebærer store økonomiske fordeler for staten.³¹⁴

Vannressurslovens skjønnsmessige regler om konsesjonsplikt står i skarp kontrast til reglene som oppstiller absolutte grenser for konsesjonspliktens inntreden. Industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven har riktignok også en konsesjonsvurdering i to trinn – først vurderes hvorvidt konsesjonsplikten inntreffer, og deretter hvorvidt konsesjon skal gis. Vurderingen etter vannressursloven er likevel langt smidigere enn vurderingen etter de øvrige konsesjonslovene: Det er

³¹⁰ Avhengig av hvilket antall brukstimer som legges til grunn, mellom 3500 og 5000. For denne avhandlingen har jeg lagt til grunn at et småkraftverk har 4000 brukstimer, se kapittel 1.5. I så fall tilsvarer 40 GWh 10 MW installert effekt.

³¹¹ Jf. vresl. § 19.

³¹² Inkl. kapittel V og Falkanger og Haagensen (red.) side 311 flg.

³¹³ Reglene om konsesjonskraft i inkl. § 2 fjerde ledd nr. 12 og § 5 fjerde ledd nr. 3 og vregl. § 12 nr. 15, samt om konsesjonsavgift i inkl. § 2 fjerde ledd nr. 13 og vregl. § 11 nr. 1. Se også Falkanger og Haagensen (red.) side 346 flg. og 334 flg.

³¹⁴ Inkl. § 2 fjerde ledd nr. 17 og vregl. § 10 nr.1 og nr. 4. Se Falkanger og Haagensen (red.) side 411 flg. Hjemfallsinstituttet blir for tiden gjennomgått. se NOU 2004: 26 kapittel 4 og 5 og NOU 2006: 6 side 118.

de konkrete virkninger et tiltak vil ha som er avgjørende for om konsesjonsplikten etter loven inntreffer.

I tillegg til at vurderingstemaene etter disse lovene er av ulik karakter, er også saksbehandlingen langt mindre omfattende etter vannressursloven. Konsesjoner etter vannressursloven er dessuten tidsubegrensede. Dette innebærer at vilkårene som fastsettes ikke er gjenstand for revisjon uten særlig hjemmel.³¹⁵ Det er klart at slike ulikheter gjør det vanskelig for de involverte aktørene å forholde seg til og ha en oversikt over regelverket.

5.2.2.2 Fordeler og ulemper ved bruk av de ulike typer grenser

En klar fordel ved bruk av absolutte grenser, er at de er enkle å forholde seg til for de involverte aktørene. Det vil sjelden være tvilsomt hvorvidt et tiltak omfattes av en konsesjonsordning dersom grensene angis på denne måten. Klarlegging av de faktiske forholdene og utregning av antall naturhestekrefter eller planlagt installert effekt ligger klart innenfor det som kan kreves utredet av utbyggeren. På den annen side medfører den manglende skjønnsadgangen en fare for at tiltak som burde konsesjonsbehandles er unntatt reglene, samtidig som tiltak med harmløse konsekvenser kan bli underlagt konsesjonsbehandling.

Fordelene og ulempene speilvendes når vi snakker om skjønnsmessige grenser. Samtidig som det tilrettelegges for at hvert enkelt tilfelle vurderes individuelt, blir det på den annen side vanskeligere for de involverte aktørene å forutberegne sin rettsstilling. I tillegg er slike ordninger mer ressurskrevende å administrere for konsesjonsmyndigheten.

Hvilket regelsett som skal legges til grunn må nødvendigvis avgjøres ut fra en konkret vurdering av hvilke hensyn som skal ivaretas under den enkelte loven. Vannressurslovens løsning ble lagt til grunn nærmest uten diskusjon. Det ble ansett som selvfølgelig at en ordning med skjønnsmessige vurderingstemaer var best egnet til å ivareta vassdragsinteressene under loven. I utgangspunktet er dette et fornuftig resonnement – ordningen er langt smidigere enn absolutte grenser etter sin art kan være, og sikrer at alle tiltak som kan ha uønskede virkninger i vassdraget blir gjenstand for en konkret og individualisert vurdering.

Når det foretas en avveining mellom ressursbesparelseshensyn og effektivitet på den ene siden, og hensynet til bevaring av vassdragsinteressene på den andre, går vassdragsinteressene i dag seirende ut av avveiningen. Med dem følger en

³¹⁵ Et naturlig spørsmål er om konsesjonene må eksproprieres bort om forholdene endres så vesentlig at det ikke lenger er ønskelig å opprettholde kraftproduksjon i vassdraget. Spørsmålet blir ikke behandlet nærmere, idet svaret er usikkert.

konsesjonsordning basert på skjønnsmessige vurderingstemaer. Dette utgangspunktet gjelder likevel bare innen rimelighetens grenser – vassdragsinteressene kan ikke, og skal ikke, beskyttes for enhver pris. En slik løsning ville ha medført at samtlige vassdrag ble underlagt restriksjoner av samme karakter som restriksjonene som følger av verneplanene for vassdrag.

På den annen side synes det å være en alminnelig oppfatning at kraftverk med lav installert effekt normalt medfører mindre alvorlige miljøvirkninger enn kraftverk med høyere installert effekt. Dette er ikke riktig. Tilfellet er snarere at individuelle forskjeller vassdragene imellom i nær sagt alle tilfeller vil være med på å påvirke hvilke følger utbygging og drift har. Det alminnelige inntrykket av at den installerte effekten gjenspeiler størrelsen på inngrepene ved kraftutbygging fremheves i en uttalelse fra Fylkesmannen i Vest-Agder som feilaktig:

«Departementet uttrykker videre at man anser utbygging som utnytter mindre enn 4000 naturhestekrefter som mindre konfliktfylt. Dette er en generalisering som fylkesmannen ikke kan støtte fullt ut. (...) Etter fylkesmannens vurdering vil det være uheldig om en utbygging i den størrelsesorden – i et fylke med begrenset gjenværende vassdragsnatur – ikke skulle underlegges strenge vurderinger.»³¹⁶

En uttalelse fra Småkraftverkforeningen illustrerer det samme poenget:

«Det påpekes at det fysiske omfanget av installasjonene, og konsekvensene for vassdraget ikke nødvendigvis er større for et småkraftverk enn for et minikraftverk.»³¹⁷

Bruk av absolutte grenser på vassdragsområdet kan slå uheldig ut på to forskjellige måter; ved at flere eller færre prosjekter enn ønskelig blir underlagt konsesjonsplikt.

For miljøet er det klart verst at grensen for konsesjonspliktens inntreden blir satt for høyt, slik at færre prosjekter enn ønskelig underlegges konsesjonsbehandling. Sett fra tiltakshavernes side, vil situasjonen som regel være omvendt. Disse vil ønske at færrest mulig prosjekter omfattes av konsesjonsreglene. Når man først har valgt å ha et konsesjonssystem, kan imidlertid ikke hensynet til tiltakshaverne danne utgangspunkt for valget av hvilket nivå konsesjonsplikten skal inntre på, eller for valget av hvilke kriterier som legges til grunn.

Konklusjonen er nesten selvsagt – at hvorvidt det er mest hensiktsmessig å bruke absolutte eller skjønnsmessige grenser for å angi konsesjonspliktens omfang avhenger av hvilke hensyn som skal ivaretas under den enkelte loven. Mellom-

³¹⁶ Høringsuttalelse avgitt i forbindelse med at konsesjonsgrensen i industrikonsesjonsloven ble foreslått hevet, se Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) side 11, andre spalte.

³¹⁷ Høringsuttalelse i forbindelse med at det ble åpnet for konsesjonsbehandling i vernede vassdrag, referert i St.prp. nr. 75 (2003-2004) side 15, første spalte.

løsninger og kombinasjoner av ulike styringsmidler kan også tenkes å være aktuelle.

Etter mitt syn er skjønsmessige grenser klart å foretrekke fremfor de absolutte i relasjon til vannressurslovens konsesjonsregler.³¹⁸ Et tiltaks virkninger kan vanskelig måles i absolutte størrelser, og det er tross alt de konkrete virkningene i det enkelte vassdraget som bør være avgjørende, i motsetning til objektive størrelser som installert effekt, produserte kWh eller antall naturhestekrefter i et vannfall.

Når det gjelder de absolutte grensene har lovgiver etter mitt syn i enkelte tilfeller vært litt for forsiktig, og endt opp med å fastsette terskler som muligens er noe lave. Jeg tenker særlig på grensen for konsesjonsbehandling i vernede vassdrag, som er satt til 1 MW installert effekt.³¹⁹ Denne absolutte grensen medfører i realiteten at produksjon i ulike småkraftverk som kan ha relativt små, og tilsvarende, miljøvirkninger kan bli utsatt for reell forskjellsbehandling. For eksempel kan et kraftverk med 900 kW installert effekt iverksettes i vernede vassdrag dersom konsesjon innvilges, mens det ikke en gang er anledning til å vurdere om konsekvensene av et kraftverk med 1,1 MW er så små at kraftutbygging kan tillates.

5.2.2.3 Samfunnsøkonomiske konsekvenser av manglende samordning

At det opereres med ulike grenser for konsesjonspliktens inntreden i de ulike lovreglene kan, som nevnt innledningsvis, ha samfunnsøkonomiske ringvirkninger. Disse viser seg særlig dersom ressursutnyttelsen skjer på en måte som ikke er optimal.³²⁰ Vi har tidligere sett at samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann er et overordnet prinsipp og mål for vassdragsforvaltningen, jf. vresl. § 1.³²¹ Også samfunnsøkonomisk lønnsomhet er relevant, men som et moment ved § 25-vurderingen.

Konsesjonsreglene vil ikke alltid stimulere til at utnyttelsen av vassdragene skjer på en måte som er samfunnsøkonomisk lønnsom eller samfunnsmessig optimal. De fleste prosjekter som settes i gang i dag er under 5 MW installert effekt. Én forklaring på dette er selvfølgelig de naturlige begrensningene som ligger i

³¹⁸ Se imidlertid kapittel 5.3.3.

³¹⁹ Den samme grensen ble opprinnelig foreslått som en øvre grense for elsertifikatpliktig vannkraftproduksjon.

³²⁰ Se kapittel 3.6.4.2.

³²¹ Se kapittel 3.3.1.

vannfallenes størrelse. I tillegg kan dette skyldes at større prosjekter som oftest blir underlagt en tyngre konsesjonsprosess med omfattende vilkår.³²²

Utslag av dette ser vi for eksempel ved at enkelte fall utnyttes uten regulering, selv om konsesjonspliktig regulering av vannføringen ville ha medført relativt små natur- og miljøinngrep. Konsesjonspliktig regulering vil medføre vesentlig høyere kraftproduksjon om man sammenholder med situasjonen uten regulering, og også en gunstigere fordeling mellom sommer- og vinterkraft. Samtidig underlegges imidlertid tiltaket en omfattende konsesjonsprosess med tilknytning av tyngende vilkår dersom konsesjon innvilges. Konsesjonsprosessen etter vassdragsreguleringsloven (og også industrikonsesjonsloven) er i stor grad laget for prosjekter av en annen størrelse, og som benytter større reguleringer, og egner seg ikke særlig godt for å avgjøre søknader om utbygging av småkraftverk.³²³

Det kan derfor tenkes at en tiltakshaver unnlater å bygge ut et småkraftverk «optimalt» med for eksempel 8 MW installert effekt med regulering, og heller holder seg på rundt 5 MW uten regulering. Hadde et slikt kraftverk gjort bruk av regulert vannføring, ville det kunne ha opprettholdt vanntilsiget, og dermed også produksjonen, på vinterstid når kraftbehovet er størst og prisene høyest. Dette ville ha vært gunstig – og ønskelig – ut fra samfunnsøkonomiske betraktninger.

Selvfølgelig er også andre forhold med på å begrunne at tiltakshaver iverksetter kraftproduksjon med konsesjonsfrie reguleringer, selv om dette ikke innebærer en optimal utnyttelse. For eksempel kan utbyggeren tenkes å ville beregne tidspunktet for en eventuell senere utvidelse av kraftverket i forhold til når det er bedriftsøkonomisk mest gunstig med tanke på rammevilkår, saksbehandlingsregler eller bankenes utlånsrente.

5.3 Vannressurslovens ordning – egnet eller moden for revisjon?

5.3.1 Innledning

Vannressursloven er relativt ny lov sammenlignet med det øvrige regelverket på vassdragssektoren. Som avhandlingen har vist, er reglene likevel til en viss grad bygget opp for å håndtere en situasjon som ikke eksisterer lenger, med større og færre utbyggingsprosjekter, og hvor konkurranse rundt tildeling av konsesjoner til kraftutbygging var fraværende. Temaet for dette kapitlet er hvorvidt lovens konsesjonsbestemmelser fortsatt er egnet, eller om det derimot kan være grunnlag

³²² Se kapittel 5.2.2.1.

³²³ Kraftverk som for eksempel Blåsjø, Tustervatn-Røsvatn eller Mjøsa, se NOU 1994: 12, tabell 21.4 på side 304.

for å gjennom reglene med sikte på en eventuell revisjon. Bakgrunnen for at dette spørsmålet tas opp til behandling, er at konsesjonsbehandling er ressurskrevende for alle involverte parter.

Kapittel 5.3.2 tar for seg hvilke hensyn som ligger til grunn for valget av konsesjonsordning som kontrollmekanisme. Deretter vurderer jeg i kapittel 5.3.3 om konsesjonsordningen er utformet på en hensiktsmessig måte, eller om andre styringsmekanismer kan tenkes å være bedre egnet til å sikre at vassdragsforvaltningen skjer på en tilfredsstillende måte.

5.3.2 Vannressurslovens konsesjonsordning

Konsesjonsordningen ble, som vi har sett, opprettholdt ved den nye vannressursloven. Bakgrunnen var at ordningen ble ansett som den beste for å sikre at utnyttelsen av vassdragsressursene skjer på en ønsket måte.³²⁴

Vannressurslovens konsesjonsbestemmelser er utformet som en kombinasjon av styringsmidler: Foruten en konsesjonsordning i ren form, oppstilles generelle krav til utføringen av tiltaket, tiltaket kan ikke medføre skade/ulempe for allmenne eller private interesser.³²⁵

En klar fordel ved å velge konsesjonsbehandling som kontrollform, er at reglene kan utformes slik at de tar hensyn til at forholdene i de ulike vassdragene kan være svært forskjellige. Det er alltid vanskelig å fastsette klare og absolutte regler når de faktiske forskjellene varierer i stor grad. Skjønnsmessige bestemmelser, som åpner for konkrete vurderinger, er langt mer hensiktsmessige. Gjennom konsesjonsbehandlingen sikres forvaltningen en viss oversikt over tiltaket og dets konsekvenser, og får mulighet til å sikre at vannressursene utnyttes på en måte som er mest mulig samfunnsmessig rasjonell.³²⁶

Ønsket om å sikre en samfunnsmessig rasjonell utnyttelse av ressursene kan også tale mot en konsesjonsordning: Forhåndskontroll gjennom konsesjonsbehandling er svært ressurskrevende for alle involverte parter.³²⁷ Overordnede prinsipper for forvaltningens myndighetsutøvelse tilsier, sammen med vannressurslovens formålsbestemmelse, at ressursene som medgår ved utøvelse av kontroll minimeres. Dette må likevel ikke gå på bekostning av de øvrige prinsippene for forvaltning av vassdragene – sikring av en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning.

³²⁴ Se NOU 1994: 12 side 43 flg. om vassdragsloven 1940. Loven var relativt utdatert, og ga for eksempel omfattende bestemmelser om fløting, som er tilnærmet opphørt i våre dager.

³²⁵ Se Backer (1987) side 14-16 for en nærmere redegjørelse for de ulike styringsmidlene.

³²⁶ NOU 1994: 12 side 167-168.

³²⁷ Vassdragslovutvalget foretar på denne bakgrunn en gjennomgang av systemets nødvendighet i forarbeidene til vannressursloven, se NOU 1994: 12 side 167-168.

Vi ser at det er både fordeler og ulemper forbundet med en konsesjonsordning. Når Eckhoff redegjør for ulike styringsmidler, fremholder han at en konsesjonsordning er særlig velegnet og bør opprettholdes

«når det bare er et *begrenset antall* som kan gis adgang til å utøve en virksomhet, og når det er *spesielt ønskelig å kunne utøve vidtgående kontroll* med virksomheten (for eksempel petroleumsutvinning). Generelt gjelder at det er større grunn til å bruke konsesjonsordninger jo færre tilfelle det skal føres kontroll med, og jo viktigere det er at kontrollen er effektiv» (mine uthevninger).³²⁸

Uttalelsen passer i utgangspunktet på så godt som all utvinning av begrensede naturressurser – det vil som regel bare være rom for et begrenset antall aktører, samtidig som det er spesielt ønskelig å utøve vidtgående kontroll med den virksomhet som utøves.

Disse faktiske forholdene står i skarp kontrast til andre områder hvor lignende ordninger benyttes, jf. for eksempel førerkort- og advokatbevillingsordningene. Selv om formålet også her er å føre kontroll med at utøverne er skikket, er ikke behovet for å legge begrensninger på *antallet* utøvere av virksomheten til stede på samme måte.

Eckhoff konkluderer med at en konsesjonsordning er velegnet for å regulere vassdragsområdet, idet det dreier seg om viktige avgjørelser og et relativt lite antall saker.³²⁹ Det har imidlertid skjedd store endringer etter Eckhoffs redegjørelse – situasjonen er en ganske annen i dag enn i 1983, og konklusjonen kan ikke umiddelbart legges til grunn i dag. Den gir derimot et uttrykk for situasjonen forut for vedtakelsen av vannressursloven, og i hvert fall forut for den store satsningen på utbygging av småkraftverk. Konklusjonen er derfor sammenlignbar med diskusjonen i lovforarbeidene, snarere enn at den gir noe argument for å opprettholde vannressurslovens konsesjonsordning etter utviklingen som har skjedd frem til i dag.

5.3.3 Andre styringsmidler

I dette kapitlet vil jeg drøfte hvorvidt andre styringsmidler enn en ren konsesjonsordning kan være egnet til å sikre kontroll med utnyttelsen av vassdragsressursene. Alternative kontrollformer kan tenkes innført som en erstatning for, eller i tillegg til, dagens konsesjonsordning.

Spørsmålet ble behandlet i forarbeidene til vannressursloven, hvor diskusjonen var konsentrert rundt tre ulike alternativer: Forhåndskontroll i forbindelse med

³²⁸ Eckhoff (1983) side 72.

³²⁹ Eckhoff (1983) side 220.

søknad om tilskudd,³³⁰ plikt for tiltakshaver til å forhåndsmelde tiltak, samt forhåndskontroll i form av vannbruksplanlegging. Forhåndskontroll med vassdragstiltak kan med andre ord tenkes på flere måter, fra kontroll med at lovens regler er oppfylt, til en videre og mer skjønnsmessig vurdering av hvert enkelt tiltak.³³¹

Samtlige alternativer avvises i forarbeidene. I dette kapitlet vil jeg likevel ta for meg det andre alternativet som oppstilles, innføring av en plikt for tiltakshaver til å forhåndsmelde tiltak. En slik plikt kan tenkes kombinert med en etterfølgende påleggsordning eller med en konsesjonsordning. For at disse etterfølgende kontrollordningene skal virke etter sin hensikt, er det en forutsetning at meldepliktorordningen fungerer tilfredsstillende.³³²

Det er særlig to hensyn som taler for å innføre en meldepliktorordning, uavhengig av om dette skjer i kombinasjon med en påleggs- eller en konsesjonsordning: For det første hensynet til aktørene, idet en ren konsesjonsordning som gjør bruk av skjønnsmessige begreper er ressurskrevende å håndheve. Dessuten sikres konsesjonsmyndigheten oversikt over alle planlagte tiltak som omfattes av meldeplikten, noe som igjen kan medføre en mer helhetlig forvaltning av vassdragsressursene.

Hjemmel for å innføre en påleggsordning finner vi i vresl. § 18, hvor det heter at vassdragsmyndigheten kan «gi forskrift om at visse vassdragstiltak skal meldes til vassdragsmyndigheten». Forskriftshjemmelen er p.t. ikke benyttet.

5.3.3.1 Meldeplikt og påleggsordning

Først vil jeg redegjøre for muligheten for å kombinere meldeplikten med en *påleggsordning*. Innføres en slik ordning, gis forvaltningen hjemmel til å gi pålegg om, eller fastsette forbud mot, å foreta en bestemt handling. I motsetning til en konsesjonsordning, bygger ikke påleggsordninger på en forbudsnorm. Det underliggende prinsippet er snarere at alt som ikke er uttrykkelig forbudt, er tillatt.

Under drøftelsen av dette alternativet uttalte Vassdragslovutvalget at det særlig er «for mindre inngrep at en slik meldeplikt kombinert med muligheten for å gi etterfølgende pålegg kan være hensiktsmessig».³³³ Med tanke på at forarbeidene i svært liten grad drøfter situasjoner som er spesielle for småkraftverkene, må

³³⁰ For inngrep som er knyttet til særskilte offentlige tilskuddsordninger.

³³¹ NOU 1994: 12 side 168.

³³² Backer (1987) side 15.

³³³ NOU 1994: 12 side 168, andre spalte.

«mindre inngrep» sikte til andre typer konsesjonspliktige tiltak i vassdraget enn kraftutbygging.

Ordningen med meldeplikt og etterfølgende pålegg kan etter mitt syn ha gode grunner for seg i forbindelse med iverksettelse av slike «mindre inngrep». Utvalgets forslag om meldeplikt og konsesjonsordning gjaldt visse mindre vassdragstiltak, blant annet tømmerfløting. Hensikten skulle være å sikre konsesjonsfrihet for visse fløtningstiltak som ellers ville ha utløst konsesjonsplikt etter de alminnelige reglene. Forslaget ble imidlertid ikke videreført, idet departementet ikke fant det nødvendig å opprettholde en slik særregel når det på tidspunktet for proposisjonen ikke lenger fantes organisert fløting. Eventuelle særbestemmelser om fløting må derfor gis i forskrift i medhold av lovens § 18.³³⁴

Enkelte av de minste småkraftverkene kunne ha vært tjent med at en slik ordning ble innført. Kraftutbygging medfører imidlertid som regel alvorlige konsekvenser og irreversible inngrep. Dette nødvendiggjør egnede styringsmidler for kartlegging av konsekvenser, samt at de avgjørelser som tas baseres på grundige og veloverveide undersøkelser og vurderinger.

Som redegjørelsen tidligere har vist, vil det dessuten være vanskelig for konsesjonsmyndigheten å føre kontroll med hvilke tiltak som iverksettes dersom man anvender utgangspunktet om at alt som ikke er uttrykkelig forbudt, er tillatt. Argumentene gjengitt fra Eckhoff om behovet for å opprettholde konsesjonsordninger må derfor fortsatt stå ved lag. Alternativet meldeplikt og påleggsordning blir derfor ikke behandlet nærmere her.

5.3.3.2 Meldeplikt og konsesjonsordning

Kombineres meldepliktordningen derimot med en *konsesjonsordning*, kan den medvirke til at alle tiltak myndighetene mener bør underlegges konsesjonsbehandling, faktisk blir fanget opp. Med Vassdragslovutvalgets ord vil en meldepliktordning gi «muligheter for å føre kontroll med at konsesjonsordningen fungerer effektivt»,³³⁵ og derfor kunne bidra til en optimalisering av konsesjons-systemet slik dette ser ut i dag.

Det er imidlertid et åpent spørsmål hvordan en slik ordning skal utformes. Én mulig løsning er at meldepliktordningen innføres som et tillegg til konsesjons-systemet slik det ser ut i dag – eller eventuelt med små justeringer av systemet. Med andre ord kan ordningen utformes slik at nye kriterier angir hvilke tiltak som må forhåndsmeldes, samtidig som avgjørelsen av om tiltaket skal underlegges

³³⁴ Se NOU 1994: 12 side 344 flg., Utvalgets lovutkast § 31, samt Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) side 162, første spalte.

³³⁵ NOU 1994: 12 side 168, andre spalte.

konsesjonsbehandling og hvorvidt konsesjon skal innvilges, fortsatt avgjøres etter de eksisterende reglene.

Et annet alternativ er innføring av en vid meldepliktordning, kombinert med at det trekkes snevrere grenser for konsesjonsplikten. På denne måten fanges alle tiltak opp, samtidig som konsesjonsbehandlingen kan forbeholdes de planlagte tiltakene som virkelig trenger det. Færre tiltak enn i dag vil være omfattet av ordningen dersom grensene trekkes opp på denne måten. En nærmere vurdering av vassdragenes tåleevne bør ligge til grunn for en slik endring, ikke økonomiske hensyn eller effektivitetshensyn alene.

Uansett hvilken av disse løsningene – eller eventuelle andre løsninger – som velges, oppstår et nytt spørsmål: Hvordan grensene for meldepliktens inntreden skal utformes. Kriterier som differensierer mellom kraftutbyggingsprosjekter ut fra tiltakets virkninger er én tenkelig løsning. En slik ordning fører oss likevel raskt tilbake til i en ordning med skjønsmessige kriterier som tilsvarer dagens.

Differensiering ut fra kraftverkets størrelse, for eksempel basert på den planlagte installerte effekt, eller ut fra fallets størrelse i nat.hk., er også tenkelig. Under kapittel 5.2 over avviste jeg at absolutte kriterier var egnet for å angi konsesjonsplikten inntreden på vassdragsområdet. Her er imidlertid situasjonen en annen, og det er etter mitt syn naturlig å drøfte spørsmålet på nytt.

Fastsettelse av absolutte størrelser kan lett bli for generaliserende: Som redegjort for tidligere, vil ikke tiltakets størrelse nødvendigvis ha noen sammenheng med hvilke virkninger det har for omgivelsene. Når vannressurslovens oppgave er å ivareta vassdragsnaturen på en best mulig måte, jf. § 1, bør nettopp virkningene av tiltaket være avgjørende for om det får starte opp eller ikke. Som nevnt vil en del mikrokraftverk være unntatt konsesjonsplikten. Det kan derfor være fristende å foreslå at disse aller minste kraftverkene unntas fra reglene om konsesjonsbehandling. Det er likevel vanskelig å komme med en slik absolutt anbefaling – avgjørelsen må tas på bakgrunn av et langt bredere spekter av hensyn enn rent juridiske.

Meldeplikt for samtlige planlagte tiltak kan også tenkes. Denne ordningen benyttes i vernede vassdrag, og fører med seg den åpenbare fordel at konsesjonsmyndigheten kan foreta en mer helhetlig planlegging. Alle tiltak kan ses under ett, samtidig som hvert tiltak kan vurderes for seg med tanke på om det har slike virkninger at det bør underlegges konsesjonsbehandling. På den annen side er en slik ordning ressurskrevende for utbyggerne. Dette går særlig ut over de minste aktørene, som pålegges en byrde som vil kunne være unødig tyngende. Meldepliktens nærmere utforming er selvfølgelig med på å avgjøre hvor tyngende denne byrden vil være. Det er likevel på det rene at det er ressurskrevende å

utforme en melding som innebærer noenlunde presise angivelser om kraftutbyggingstiltaket og dets antatte virkninger.

En slik løsning er også ressurskrevende for konsesjonsmyndigheten, som vil få et større antall saker forelagt til vurdering. Ressursbesparelses- og effektivitetshensyn tilsier at ikke alt for mange saker bør underlegges konsesjonsbehandling – uansett om dette skjer i form av en omfattende konsesjonsprosess, eller ved at en meldepliktordning bringer et stort antall saker inn for myndighetene.

At myndigheten får en omfattende økning i arbeidsmengden er en aktuell problemstilling dersom en meldepliktordning innføres. Problemet vil likevel ikke ligge i at antallet saker er så stort, idet de faktiske forholdene på vassdragssektoren begrenser søknadsmassen. Bakgrunnen er særlig at det er tale om en naturressurs hvis karakter gjør at utnyttelsesmulighetene er begrenset. Problemstillingen oppstår snarere fordi hver sak krever relativt omfattende saksbehandling, noe som er ønskelig fordi kraftutbygging påfører omgivelsene irreversible konsekvenser.

En del andre spørsmål må imidlertid også besvares før en meldepliktordning kan innføres. For eksempel vil det kunne være hensiktsmessig å oppstille en frist for konsesjonsmyndighetens adgang til å kreve et tiltak underlagt konsesjonsbehandling. Oppstilles ikke slike frister, har ikke tiltakshaver noen form for forutberegnelighet med tanke på når eventuell utbygging kan påbegynnes, og det ene av hensynene som taler for innføring av en meldepliktordning – forenkling for aktørene – gjør seg ikke lenger gjeldende.

Innføring av frister fører igjen med seg et krav om at konsesjonsmyndigheten har tilgjengelige ressurser og kapasitet til å håndtere all planlagt utbygging. I motsatt fall vil utbygging som ikke bør tillates på grunn av uheldige virkninger kunne iverksettes under lovverkets velsignelse fordi konsesjonsmyndigheten ikke har anledning til å vurdere hvorvidt tiltaket skal underlegges konsesjonsbehandling.

På bakgrunn av redegjørelsene over, mener jeg det er grunnlag for gå gjennom vannressurslovens konsesjonsordning, og vurdere om det er aktuelt å gjøre endringer i denne. Hvorvidt endringene bør gjennomføres, er imidlertid et åpent spørsmål. Dette bør besvares etter en bredere gjennomgang av ulike hensyn, og vil bero på en avveining av ulike hensyn. I hovedsak står hensynene til vassdraget på den ene side mot effektivitets-, ressursbesparelses- og samfunnsøkonomiske hensyn på den andre.

6 Små kraftverk – store utfordringer?

Som vi har sett, har det skjedd en del endringer i forholdene på vassdragsområdet. Relevant for denne avhandlingen er særlig utviklingen fra store til mindre kraftutbyggingsprosjekter. Endringene har i hovedsak skjedd fordi en stor del av vannfallene som egner seg for utbygging av større vannkraftverk allerede er utbygget eller vernet. Det er dessuten en uttalt oppfatning fra politisk hold at miljøkonsekvensene av større tiltak ikke lenger lar seg forsvare. På grunn av denne utviklingen har vannressursloven i dag fått en svært sentral plass på vassdragssektoren. Så vidt jeg kan se, ble ikke loven tiltenkt en slik betydning i lovforarbeidene.

Disse endringene reiser nye rettslige problemstillinger som må besvares under det eksisterende regelverket. Jeg har kommet med forslag til hvordan disse nye problemstillingene kan løses, samt vurdert hvorvidt vannressursloven fortsatt ivaretar interessene loven er satt til å forvalte på en tilfredsstillende måte. Hoveddelen av avhandlingen har likevel bestått i en redegjørelse for vannressurslovens konsesjonsbestemmelser og deres anvendelse på småskala kraftutbyggingstiltak.

Vannressursloven skal sikre at vassdragsverdiene forvaltes i samsvar med overordnede prinsipper, blant annet slik at en «samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning» sikres.³³⁶ Lovens konsesjonsregler finner vi i §§ 8 og 25, som viser at konsesjonssystemet er bygd opp i to trinn: Først vurderes hvorvidt konsesjonsplikten inntreffer, og deretter om konsesjon skal innvilges eller ikke.

Konsesjonsbestemmelsene gir NVE en stor grad av skjønnsfrihet. Vurderingen av hvilke skader/ulempes tiltaket vil ha for «allmenne interesser» står sentralt her. Slike negative virkninger viser seg som regel ved at all kraftutbygging, uansett størrelse, påvirker vannføringen i vassdraget. Dette kan igjen ha inngripende virkninger for miljøinteresser i et bredere perspektiv, som for eksempel det biologiske livet i og rundt vassdraget, friluftsopplevelser, samt for det estetiske inntrykket av vassdraget.³³⁷

Den mest interessante siden av skjønnsfriheten utøves under § 25, som angir et rettsanvendelsesskjønn. Som vi har sett heter det at konsesjon «kan» innvilges om

³³⁶ Vresl. § 1. Se også kapittel 3.3.1.

³³⁷ Kapittel 3.4.

fordeler overstiger skader/ulemper. I slike tilfeller er det opp til NVE å avgjøre hvorvidt konsesjon skal innvilges. Det er med andre ord tilstrekkelig at fordelene ved tiltaket er størst, men det er likevel ikke nødvendig å innvilge konsesjon selv om dette er tilfellet. Ved vurderingen inngår en rekke momenter jeg har redegjort for under kapittel 3.6.4, blant annet hvorvidt småkraftutbyggingen representerer en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning, om den er samfunnsøkonomisk lønnsom, samt hvilke fordeler utbyggingen medfører for kraftforsyningen og lokalsamfunnet for øvrig.

Forhåndskontrollen utøves i dag gjennom en ren konsesjonsordning. Jeg har også undersøkt hvorvidt andre styringsmekanismer kan være bedre egnet i dagens situasjon. Et mulig alternativ er å innføre en bred meldepliktordning som et supplement til konsesjonsvurderingen. Utformingen kan skje på ulike måter – for eksempel slik at alle planlagte prosjekter, eventuelt de prosjektene som oppfyller visse nærmere fastsatte kriterier, må melde fra til konsesjonsmyndigheten før utbygging påbegynnes. En velfungerende ordning vil sikre at alle planlagte tiltak som kan påvirke miljøet på en uønsket måte fanges opp og kommer til konsesjonsmyndighetens kunnskap.³³⁸

Den kanskje største utfordringen for konsesjonsmyndigheten består i dag imidlertid i å håndtere situasjoner hvor flere tiltakshavere på en uforenlig måte søker om konsesjon for å utnytte vassdragsressursene. Som beskrevet i kapittel 4, er slike konkurransesituasjoner svært aktuelle i dag, og konsesjonsmyndigheten er tvunget til å prioritere mellom de omsøkte tiltakene. Prioriteringen må i dag skje innenfor rammene av vresl. § 25 – selv om denne i sin form gir anvisning på en ren tiltakskonsesjonsordning. Det er likevel mulig å utlede kriterier fra § 25. Videre kan eldirektiv II artikkel 6 også her bidra med enkelte momenter.

Som jeg konkluderte med under kapittel 4.4, er miljøvirkninger det viktigste kriteriet også for å skille konkurrerende utbyggingssøknader fra hverandre: Har et omsøkt prosjekt mer alvorlige og inngripende virkninger på allmenne og private interesser enn et annet, er konkurransesituasjonen i henhold til ordlyden i § 25 avgjort allerede her.

Et annet aktuelt kriterium er etter mitt syn kompetansekrav: Når utnyttelse av vassdragsressursene er innen rekkevidde for et bredt spekter av aktører, er det viktig for myndighetene å sikre at utnyttelsen skjer i kontrollerte former, og av aktører som har kunnskaper om de skader og ulemper kraftutbygging kan påføre naturen. Andre aktuelle kriterier er hvorvidt noen av søkerne innehar fallrettigheter, samt hvorvidt den samfunnsøkonomiske lønnsomheten er bedre for et

³³⁸ Se diskusjonen under kapittel 5.3.

av tiltakene. Avgjørelsen må likevel baseres på en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.

Det gjenstår å konkludere på hovedspørsmålet jeg har oppstilt: Medfører den store massen av søknader om utbygging av nye småkraftverk store utfordringer? Fremstillingen har klart vist at vresl. §§ 8 og 25 fortsatt *kan* benyttes. Når jeg likevel konkluderer med at utfordringene på vassdragssektoren er store, er årsaken at en annen side av dette spørsmål dreier seg om hvorvidt dagens konsesjonsordning er utformet på en *hensiktsmessig* måte: Selv om konsesjonsbestemmelsene gir adgang til å prioritere mellom konkurrerende søkere, ville det ha vært langt mer hensiktsmessig om konsesjonsbestemmelsen også hadde oppstilt kriterier for valget mellom konkurrerende søkere.

Hensiktsmessighetsspørsmålet rommer dessuten også spørsmålet om dagens konsesjonsordning er det *riktige styringsmiddelet* for vannressursloven. Dette spørsmålet har jeg allerede besvart med et stort kanskje: Det er grunnlag for å gjennomgå konsesjonsordningen på nytt med tanke på å vurdere innføring av et system som kombinerer konsesjonsordningen med et meldepliktssystem.

Kildeoversikt

Lover

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.
Bergverksloven	Lov 30. juni 1972 nr. 70 om bergverk.
Energiloven	Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m.
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Forurensningsloven	Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall.
Grannelova	Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar.
Industrikonsesjonsloven	Lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v.
Jordlova	Lov 12. mai 1995 nr. 23 om jord.
Konsesjonsloven	Lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv.
Kulturminneloven	Lov 9. juni 1978 nr. 50 om kulturminner.

Lakse- og innlandsfiskeleven	Lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v.
Offentlighetsloven	Lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen
Oreigningslova	Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eidegom.
Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.
Skogbrukslova	Lov 27. mai 2005 nr. 31 om skogbruk.
Vannressursloven	Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann.
Vassdragsloven 1940	Lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene.
Vassdragsreguleringsloven	Lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer.

Forskrifter

Forskrift 27. juni 1997 nr. 653 (OED) til lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsforskriften).

Forskrift 19. desember 2000 nr. 1705 (OED) Delegering av myndighet til Norges vassdrags- og energidirektorat til å være vassdragsmyndighet og til å fatte vedtak etter vannressursloven.

Lovforarbeider og politiske dokumenter

Forh.O. 30. mai 2001	Referat fra møte i Odelstinget 30. mai 2001.
Innst.O. nr. 101 (1999-2000)	Innstilling får energi- og miljøkomiteen om lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
Innst.O. nr. 112 (2000-2001)	Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven).
Innst.O. nr. 75 (2003-2004)	Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om endringer i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom mv. og lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer
Innst.S. nr. 116 (2004-2005)	Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om supplering av Verneplan for vassdrag.
NOU 1994: 12	Lov om vassdrag og grunnvann.
NOU 1998: 11	Energi- og kraftbalansen mot 2020.
NOU 2004: 26	Hjemfall
NOU 2006: 6	Når sikkerheten er viktigst. Beskyttelse av landets kritiske infrastrukturer og kritiske samfunnsfunksjoner.
Ot.prp. nr. 39 (1998-1999)	Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
Ot.prp. nr. 56 (2000-2001)	Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven).
Ot.prp. nr. 54 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast

	eiendom m.v. og lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer.
Ot.prp. nr. 61 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).
Soria Moria-erklæringen	Politisk plattform for en flertallsregjering utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, Framforhandlet på Soria Moria 26. september til 13. oktober 2005.
St.meld. nr. 60 (1991-1992)	Om Samlet plan for vassdrag.
St.meld. nr. 37 (2000-2001)	Om vasskrafta og kraftbalansen.
St.meld. nr. 18 (2003-2004)	Om forsyningsikkerheten for strøm m.v.
St.prp. nr. 4 (1972-1973)	Verneplan for vassdrag I.
St.prp. nr. 77 (1979-1980)	Verneplan for vassdrag II.
St.prp. nr. 89 (1984-1985)	Verneplan for vassdrag III.
St.prp. nr. 118 (1991-1992)	Verneplan for vassdrag IV.
St.prp. nr. 75 (2003-2004)	Supplering av Verneplan for vassdrag.
St.prp. nr. 52 (2005-2006)	Om samtykke til godkjenning av avgjerd i EØS-komiteen nr. 146/2005 av 2. desember 2005 om innlemming i EØS-avtala av direktiv 2003/54/EF (elektrisitetsdirektiv II), direktiv 2003/55/EF (gassmarkedsdirektiv II), forordning 1228/2003/EF (grensehandel) og kommisjonsavgjerd 2003/796/EF (europeisk gruppe av reguleringsstyresmakter).

EU-direktiver

1996/92/EF	Europa-Parlamentets og rådets direktiv 1996/92/EF af 19. desember 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet.
2001/77/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/77/EF den 27. september 2001 om fremme af elektricitet produceret fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet (fornybardirektivet).
2003/54/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om opphævelse af direktiv 96/92/EF (eldirektiv II).
2005/89/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/89/EF af 18. januar 2006 om foranstaltninger til fremme af elforsyningsikkerhed og infrastrukturinvesteringer (elforsyningsdirektivet).

Vedtak m.v. fra NVE

KTV-notat 60/2002	Søknad om løyve til bygging av Kjetland kraftverk i Haugsdalsvassdraget, Hordaland.
KTV-notat 9/2003	Søknad om konsesjon for bygging av kraftverk i Rivedalselva, Sogn og Fjordane.
KTV-notat 9/2005	Søknad om tillatelse til utbygging av Oftedal kraftverk I og II i Vest-Agder.
KTV-notat 14/2005	Søknad om bygging av Storlia kraftverk, Hordaland.
KTV-notat 18/2005	Søknad om bygging av Måren kraftverk, Storelva, Sogn og Fjordane.
KTV-notat 22/2005	Søknad om konsesjon for bygging av Rongkleiv kraftverk i Gjengedalsvassdraget, Sogn og Fjordane.
KTV-notat 35/2005	Søknad om konsesjon for å bygge Frammarsvik kraftverk i Indreelva, Sogn og Fjordane.
KTV-notat 36/2005	Søknad om bygging av kraftverk i Sanddalselva, Jølstravassdraget, Sogn og Fjordane.
KTV-notat 59/2005	Søknad om bygging av Kvåle kraftverk, Sogn og Fjordane.
KTV-notat 6/2006	Søknad om tillatelse til bygging av Vika kraftverk i Vikaelva, Hordaland.
KTV-notat 11/2006	Søknad om tillatelse til bygging av Vågen kraftverk, Møre og Romsdal.
KTV-notat 15/2006	Søknad om konsesjon for bygging av Hjelle kraftverk i Våtedalselva, Sogn og Fjordane.

NVEs innstilling til OED om avgjørelse av søknad om bygging av Kjensvatn kraftverk, Nordland.

Avslag på søknad om utbygging i vernet vassdrag: Lonefossen minikraftverk i Åsedøla i Nausta, Sogn og Fjordane (8. februar 2006).

Litteratur

- Backer (1986) Backer, Inge Lorange: *Naturvern og naturinngrep, Forvaltningsrettslige styringsmidler* (Oslo 1986).
- Backer (1987) Backer, Inge Lorange: «Allmenne interesser i vassdragssaker» i artikkelsamlingen *Allmenne interesser ved konsesjonsbehandling og skjønn*, Seminar på Ullensvang 21.-22. mai 1987 side 9-46.
- Boe (1981) Boe, Erik: «Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv.» i *Jussens Venner*, 1981 side 235 flg.
- Boe (1984) Boe, Erik: «Stortingsmeldinger og innstillinger til stortinget – vedtak, tilråding eller en mellomting?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1984 side 170 flg.
- Boe (1987) Boe, Erik: «Utvikling i Lovers form og innhold – en utfordring for rettsvitenskapen» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1987 side 651 flg.
- Boe (1993) Boe, Erik: *Innføring i juss, Bind 1: Juridisk tenkning og rettskildelære* (Oslo 1993).
- Brekken m.fl. Brekken, Ola m.fl.: *Vannressursloven Kommentartutgave* (Oslo 2001).
- Bugge Bugge, Hans Chr.: *Forurensere skal betale, De alminnelige regler i norsk rett om kostnadsansvar ved forurensning* (Oslo 1997)
- Eckhoff (1983) Eckhoff, Torstein: *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål* (Oslo 1983).

Eckhoff/Helgesen	Eckhoff, Torstein: <i>Rettskildelære</i> , 5. utgave ved Helgesen, Jan E. (Oslo 2001).
Eckhoff/Smith	Eckhoff, Torstein: <i>Forvaltningsrett</i> , 7. utgave ved Smith, Eivind (Oslo 2003).
Eide og Stavang	Eide, Erling og Stavang, Endre: <i>Rettsøkonomi I</i> (Oslo 2005).
Falkanger (2000)	Falkanger, Thor: <i>Tingsrett</i> , 5. utgave (Oslo 2000).
Falkanger og Haagensen (red.)	Falkanger, Thor og Haagensen, Kjell (red.): <i>Vassdrags- og energirett</i> (Oslo 2002).
Frihagens forvaltningsrett (Bind I)	Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: <i>Frihagens forvaltningsrett (Bind I)</i> (Bergen 2003).
Gjems-Onstad	Gjems-Onstad, Ole: <i>Valg av selskapsform, En innføring i norsk selskapsrett</i> , 4. utgave (Oslo 1999).
Graver	Graver, Hans Petter: <i>Alminnelig forvaltningsrett</i> , 2. utgave (Oslo 2002).
Hammer	Hammer, Ulf: <i>Tilrettelegging av kraftmarkedet</i> (Oslo 1999).
Hauge	Hauge, Katrine Broch: <i>Konsesjonsplikt for tiltak i vassdrag etter vassressurslova § 8</i> (Bergen 2003).
Innjord	Innjord, Frode: «Hva er «vakkert»? domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk» i <i>Jussens Venner</i> 1996 side 161-194.
Johnsen	Johnsen, Jon T.: «Håndheving av almene interesser» i <i>Samfunn, Rett, Rettferdighet</i> .

Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag, Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel og Aarbakke, Magnus (red.) (Oslo 1986) side 387-401.

- Jones
Jones, Christopher W.: *EU Energy Law, Volume 1: The internal energy market* (Leuven 2004).
- Martinsen, Bibow og Støle
Martinsen, Gunnar, Bibow, Jens F., og Støle, Frode: *Energiloven med kommentarer* (Oslo 2004).
- Ringstad
Ringstad, Vidar: *Innføring i samfunnsøkonomi og økonomisk politikk, 2. utgave* (Oslo 1995).
- Sandene og Keiserud
Sandene, Erling og Keiserud, Erik: *Oreigningsloven med kommentarer, 2. utgave* (Oslo 1990).
- Sejersted m.fl.
Sejersted m.fl.: *EØS-rett, 2. utgave* (Oslo 2004).
- Urquieta
Urquieta, Carlos A.: *Industrikonsesjonsloven: Offentlig styring av fallrettigheter og EØS-rettslige skranker, Marfus nr. 296* (Oslo 2003).

Publikasjoner

- | | |
|---|---|
| Fakta 2006 | Olje- og energidepartementet: Fakta 2006 Energi og vannressurser i Norge, 2006. |
| NVE-veileder 1/2002 | Veileder nr. 1 2002: Behandling etter vannressursloven m.v. av vassdragstiltak og tiltak som kan påvirke vassdrag og grunnvann, Hustveit, Anne (red.), Norges vassdrags- og energidirektorat, 2002. |
| NVE-veileder 1/2004 | Veileder nr. 1 2004: Dokumentasjon av biologisk mangfold ved bygging av småkraftverk (1-10 MW), Norges vassdrags- og energidirektorat, 2004. |
| NVE-rapport 19/2004 | Rapport nr. 19 2004: Beregning av potensial for små kraftverk i Norge – Forutsetninger, metodebeskrivelse og resultater, Norges vassdrags- og energidirektorat, 2004 |
| NVE (2005): Kraftbalansen i Norge mot 2020. | Kraftbalansen i Norge mot 2020. Oppdaterte anslag per juni 2005, Norges vassdrags- og energidirektorat, 2005. |

Internettsider

www.lovdata.no

Stiftelsen Lovdata
Benyttet: 15. august 2006

www.norskog.no

NORSKOG
Benyttet: 15. august 2006

www.nve.no

Norges vassdrags- og energidirektorat
Benyttet: 15. august 2006

www.oed.dep.no

Olje- og energidepartementet
Benyttet: 15. august 2006

www.small-hydro.com

International Small-Hydro Atlas
Benyttet: 15. august 2006

Tidsskrifter

MarIus

Sjørettstidsskrift utgitt av Sjørettsfondet, Oslo
1975-

Energi

Månedlig fagblad for kraftbransjen

Forkortelser

EF	Europeisk Fellesskap
EP/Rdir.	Europaparlaments- og rådsdirektiv
EU	Den europeiske union
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
Forh.O.	Forhandlinger i Odelstinget
Ikl.	Industrikonsesjonsloven
Innst.O.	Innstilling til Odelstinget
Innst.S.	Innstilling til Stortinget
Nat.hk.	Naturhestekrefter
NOU	Norges offentlige utredninger
NVE	Norges vassdrags- og energidirektorat
OED	Olje- og energidepartementet
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
St.meld.	Stortingsmelding
St.prp.	Stortingsproposisjon
Vregl.	Vassdragsreguleringsloven
Vresl.	Vannressursloven