

## **Fri vei mot 10 TWh?**

En drøftelse om gjeldende rettsregler gir de berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker

Kandidatnummer: 209

Veileder: Hans Christian Bugge

Leveringsfrist: 1. juni 2007

Til sammen 39 999 ord

22.10.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b><u>6</u></b>
1.1	Introduksjon og bakgrunn.....	6
1.2	Problemstillingens aktualitet .....	7
1.3	Kort redegjørelse av interessekonfliktene i vindkraftsaker .....	9
1.4	Hva vil være tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker? .....	12
1.4.1	Fastsettelse av en rettssikkerhetsmålsetting i vindkraftsaker .....	12
1.4.2	Nærmere om termen ”rettssikkerhet” .....	14
1.4.3	Rettssikkerhetsgarantier i vindkraftsaker.....	15
<b><u>2</u></b>	<b><u>ENERGILOVENS UTREDNINGSKRAV I VINDKRAFTSAKER.....</u></b>	<b><u>20</u></b>
2.1	Innledning med kapitlets problemstilling.....	20
2.2	Gjeldende lovverk og ansvarlig myndighet i vindkraftsaker .....	21
2.3	Kravet om konsekvensutredning .....	23
2.3.1	Innledning.....	23
2.3.2	Proessen frem til konsekvensutredningen .....	24
2.3.3	Krav til konsekvensutredningens innhold.....	26
2.3.4	Krav til konsekvensutredningens grundighet.....	27
2.3.5	Godkjennelsesprosedyre for konsekvensutredninger.....	29
2.4	Høringsprosessen i vindkraftsaker .....	31
2.5	Den tematiske konfliktvurderingen .....	33
2.5.1	Innledning.....	33
2.5.2	Metodikk og Innhold .....	34

2.5.3	Integrering av miljøhensyn.....	35
2.5.4	Noen sammenfattende betraktninger .....	37
<b>2.6</b>	<b>En samlet vurdering av energilovens utredningskrav i vindkraftsaker .....</b>	<b>38</b>
<b>3</b>	<b><u>ENERGILOVENS RAMMER FOR NVES SKJØNSSVURDERING .....</u></b>	<b>40</b>
<b>3.1</b>	<b>Innledning med kapitlets problemstilling.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2</b>	<b>Konsesjonskriteriet i vindkraftsaker .....</b>	<b>40</b>
<b>3.3</b>	<b>Holdepunkter i energilovens enkeltbestemmelser .....</b>	<b>43</b>
3.3.1	Noen innledende bemerkninger.....	43
3.3.2	Energiloven formålsparagraf .....	44
3.3.2.1	Noen innledende bemerkninger .....	44
3.3.2.2	En samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning.....	45
3.3.2.3	Rammene for NVEs vektlegging av de relevante hensyn .....	48
3.3.3	En samlet vurdering.....	50
<b>3.4</b>	<b>Forholdet til de dokumenterte miljøkonsekvensene.....</b>	<b>51</b>
3.4.1	Noen innledende bemerkninger.....	51
3.4.2	Utgangspunktet for NVEs vurdering av utredningsgrunlaget.....	52
3.4.3	Forholdet til Konsekvensutredningen og høringsuttalelsene .....	53
3.4.4	Forholdet til den tematiske konfliktvurderingen.....	54
3.4.4.1	Noen innledende bemerkninger .....	54
3.4.4.2	To eksempler fra nylig avsagte vindkraftsaker .....	55
3.4.4.3	Har NVE rettslig adgang til å si seg uenig med fagforvaltningen? .....	57
3.4.5	Noen sammenfattende betraktninger .....	58
<b>3.5</b>	<b>Konsesjonsvilkår som et rettslig virkemiddel for miljøvern .....</b>	<b>60</b>
3.5.1	Innledning.....	60
3.5.2	Nærmere om hjemmelsgrunnlag og innhold.....	60
3.5.3	Begrensninger for miljøvern gjennom konsesjonsvilkår .....	61
3.5.4	Situasjonen etter konsesjon er innvilget – omgjøring .....	64
<b>3.6</b>	<b>En samlet vurdering av energilovens rettslige rammer .....</b>	<b>65</b>

<b>4</b>	<b><u>ANDRE RETTSGRUNNLAG SOM SKRANKE FOR NVES SKJØNNSUTØVELSE ..67</u></b>	
<b>4.1</b>	<b>Innledning med kapitlets problemstilling.....</b>	<b>67</b>
<b>4.2</b>	<b>Vern gjennom særlovgivningen.....</b>	<b>67</b>
4.2.1	Innledning.....	67
4.2.2	Forurensningsloven.....	68
4.2.3	Kulturminneloven.....	72
4.2.4	Viltloven.....	77
<b>4.3</b>	<b>Grunnloven § 110 b .....</b>	<b>81</b>
<b>4.4</b>	<b>Internasjonale konvensjoner .....</b>	<b>85</b>
<b>4.5</b>	<b>Miljørettslige prinsipper .....</b>	<b>89</b>
4.5.1	Innledning.....	89
4.5.2	Integrasjonsprinsippet.....	90
4.5.3	Prinsippet om en bærekraftig utvikling.....	91
4.5.4	Føre vår-prinsippet.....	94
<b>4.6</b>	<b>En samlet vurdering .....</b>	<b>96</b>
<b>5</b>	<b><u>PLAN- OG BYGNINGSLOVENS KRAV OM PLANAVKLARING I</u></b>	
	<b><u>VINDKRAFTSAKER.....</u></b>	<b>99</b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning med kapitlets problemstilling.....</b>	<b>99</b>
<b>5.2</b>	<b>Plan- og bygningslovens krav om arealavklaring.....</b>	<b>101</b>
5.2.1	Unntak fra tillatelseskrevet i pbl. § 93.....	101
5.2.2	Tilpassing av vindkraftverk i plansystemet .....	101
5.2.3	Nærmere om tilpassing av vindkraftverk i kommuneplanens arealdel.....	103
5.2.4	Nærmere om reguleringsplikten .....	107
5.2.5	Lovens krav til miljøutredninger ved kommunale planavgjørelser .....	111
5.2.6	De rettslige rammene for kommunenes interesseavveining.....	114
5.2.6.1	Innledende bemerkning.....	114
5.2.6.2	De enkelte planbestemmelsene .....	115
5.2.6.3	Plan- og bygningslovens formålsparagraf.....	118

5.2.6.4	Miljøverndepartementets Retningslinjer .....	123
5.2.7	Noen sammenfattende betraktninger .....	125
<b>5.3</b>	<b>Dispensasjonsadgangen etter plan- og bygningslovens § 7 .....</b>	<b>126</b>
5.3.1	Innledning .....	126
5.3.2	Betingelser for kommunenes dispensasjonskompetanse .....	127
5.3.2.1	Noen innledende bemerkninger .....	127
5.3.2.2	Nærmere om kravet til «særlige grunner» .....	128
5.3.2.3	«Særlige grunner» som et rettslig minimumsvilkår eller som en retningslinje for kommunenes hensiktsmessighetsskjønn? .....	129
5.3.3	Rammene for dispensasjonsskjønnet .....	131
5.3.3.1	Utgangspunkt .....	131
5.3.3.2	Dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og reguleringsplikten .....	132
5.3.3.3	Formålsparagrafen som ramme for dispensasjonsskjønnet .....	134
5.3.4	Dispensasjon på bekostning av rettsikkerheten til miljøinteresser? .....	136
<b>5.4</b>	<b>En samlet vurdering .....</b>	<b>138</b>
<b>6</b>	<b><u>EN HELHETLIG VURDERING, SAMT NOEN RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.....</u></b>	<b><u>139</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Vurderingen av rettsstillingen – avhandlingens konklusjon .....</b>	<b>139</b>
<b>6.2</b>	<b>Hvordan kan rettsikkerheten ivaretas? .....</b>	<b>140</b>
<b>7</b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b><u>143</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Introduksjon og bakgrunn

Avhandlingens hovedproblemstilling er om *gjeldende rettsregler gir de berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettsikkerhet i vindkraftsaker*. Gjennom en rettsdogmatisk analyse skal jeg undersøke i hvilken grad de berørte miljøinteresser blir ivaretatt i vindkraftsaker. Siktemålet med avhandlingen er å finne ut om gjeldende rettsregler sikrer at det ikke bygges ut vindkraftverk som kan medføre store miljømessige skadevirkninger.

Fokuset på klimaproblemer gis stadig mer plass i det politiske forum både ute og hjemme. Nylig la FN frem en rapport som konkluderer med at de klimaendringer som vi nå er vitne til, klart kan tilbakeføres til menneskelig aktivitet. Hver enkelt stat, Norge inkludert, er derfor underlagt et stort press og ansvar for å øke satsingen på klimavennlig kraftproduksjon. I Lavslippsutvalgets rapport konkluderes det med at 50–80 prosent reduksjon av klimagassutslipp i Norge innen 2050 er nødvendig, gjennomførbart og økonomisk forsvarlig.<sup>1</sup>

Samtidig som oppmerksomheten rundt klimautfordringene har blitt større, øker verdens energiforbruk, mye grunnet industrialiseringen i ikke-vestlige land. Mer enn 80 prosent av verdens energiforbruk er i dag basert på fossile energikilder som kull, olje og gass, noe som medfører utslipp klimagasser. På verdensbasis er det store spørsmålet hvordan man skal redusere utslipp av klimagasser uten å hindre utviklingen i den tredje verden. Også i Norge kan man se at det totale energiforbruket øker. Fra 1990 til 2005 steg landets samlede strømforbruk med 16 prosent.<sup>2</sup> Det store utfordringen i Norge er hvordan vi kan sikre kraftforsyningen, uten å bygge ut kraftanlegg som medfører utslipp av klimagasser.

---

<sup>1</sup> Se NOU 2006:18 s. 111 flg.

<sup>2</sup> Jf. Statistisk sentralbyrås nettsider.

## 1.2 Problemstillingens aktualitet

I dag kommer rundt 99 prosent av den norske kraftproduksjonen fra vannkraft.

Vannkraftsatsingen innebærer at energiforsyningen er sårbar for nedbørssvikt, noe som medfører at vi er avhengig av å importere kraft i nedbørsfattige perioder. Den store epoken for vannkraftutbygging anses nå for å være over. I denne sammenheng er det fremmet flere politiske forslag om hvordan vi kan sikre kraftforsyningen, og samtidig overholde nasjonale og internasjonale klimakrav. Myndighetene ønsker økt satsing på fornybare energikilder, og her har utbygging av vindkraftverk blitt en av hovedmålsettingene. Vindkraftverk medfører ingen utslipp av klimagasser i driftsperioden, og faller derfor under kategorien *fornybar energiproduksjon*. Det er anslått at 20 TWh<sup>3</sup> vindkraft vil spare et årlig utslipp på 15 millioner tonn CO<sub>2</sub> dersom vindkraften erstatter kullkraftproduksjon.<sup>4</sup>

Utbygging av vindkraftverk er et nytt kapittel i norsk kraftpolitikk. Det første utbyggingsmålet ble fastsatt i St.meld. nr. 29 (1998–1999), hvor målsettingen var utbygging av vindkraftverk med produksjonskapasitet på til sammen 3 TWh innen år 2010.<sup>5</sup> I senere tid har det blitt fastsatt mer ambisiøse utbyggingsmål. Med utgangspunkt i Soria Moria-erklæringen har regjeringen lagt opp til et historisk løft i satsingen på omlegging av energiproduksjonen. Dette ble fulgt opp ved siste statsbudsjett med en målsetting om 30 TWh ytterligere fornybar energiproduksjon innen 2016.<sup>6</sup> Målsettingen om 3 TWh vindkraftproduksjon er ikke gjentatt i proposisjonen, men i Lavslippsutvalgets utredninger er det beregnet realistiske estimater for vindkraftproduksjon i Norge på 10 TWh innen 2020.<sup>7</sup> I skrivende stund er det kun utbygd vindkraftverk som årlig produserer ca. 1 TWh energi. Dersom lavutslippsutvalgets anbefalte målsetting på 10 TWh skal realiseres, må utbyggingen tidobles de neste 13 årene.

---

<sup>3</sup> 1 TWh kraft tilsvarer energiforbruket til ca. 50 000 husstander.

<sup>4</sup> Jf. Tande/Støa s. 54.

<sup>5</sup> Jf. St.meld. nr. 29 (1998–1999) s. 32, fulgt opp av Innst.S. nr. 122 (1999–2000).

<sup>6</sup> Se St.prp. nr. 1 (2006–2007) s. 13.

<sup>7</sup> Jf. NOU 2006:18 s. 85.

Samtidig som det satses på vindkraftproduksjon, møter utbyggingsplanene motstand fra flere hold. Utbygging av vindkraftverk utgjør et stort *konfliktpotensial* overfor en rekke interesser, og slik kan det oppstå konflikt på flere plan. For det første kan det oppstå uenighet mellom ulike private interesser, hvor konflikten mellom tiltakshaver og lokalbefolkningen er særlig aktuell. Videre er flere offentlige myndigheter tilknyttet arealforvaltningen i vindkraftsaker, noe som kan medføre konflikt mellom statlige, regionale og lokale organer. Når slike konfliktfylte tiltak skal bygges ut i norske utmarksområder, er det viktig at rettstilstanden er så klar som mulig. Dette vil skape større forutberegnetlighet, noe som vil gi de involverte aktører bedre mulighet til å forsvare sine respektive interesser.

Det har lenge vært forsøkt å finne en løsning på disse konfliktene, og det siste bidraget er Miljøverndepartementets Retningslinjer vindkraftverkutbygging.<sup>8</sup> Den pågående debatten i media, samt den massive klagepraksisen som foreligger i vindkraftsaker, viser imidlertid at man i liten grad har lyktes med å finne en løsning på problemet. Det er derfor nødvendig å rette søkelyset mot de gjeldende rettsregler i vindkraftsaker, og se om kimen til den konfliktfylte vindkraftsatsingen er å spore i et mangelfullt rammelovverk.

All energiproduksjon vil medføre negative miljøkonsekvenser av ulikt slag, og utbygging av vindkraftverk utgjør her intet unntak. Vindkraftverk er i stor grad arealkrevende og lokaliseres som regel til urørte kystområder, der forholdene er optimale for vindkraftproduksjon. En konfliktfri utbygging er nærmest utenkelig, slik at visse negative virkninger må godtas dersom de politiske utbyggingsmålene skal kunne nås.

Men ved satsing på nye tiltak som vil medføre flere samfunnsmessige fordeler, er det vel så viktig at gjennomføringen ikke i for stor grad skjer på bekostning av andre interesser. Den rettslige utfordringen er å sikre at de berørte interesser som kan ta skade av

---

<sup>8</sup> Se Nasjonale retningslinjer for planlegging og lokalisering av vindkraftverk (i det følgende omtalt som "Miljøverndepartementets Retningslinjer"). Retningslinjene foreligger foreløpig bare i form av utkast 19. oktober 2006. Etter samtale med Miljøverndepartementet er det avklart at det kun gjenstår visse formaliteter før Retningslinjene er ferdigstilte.

vindkraftutbygging, ivaretas i saksbehandlingen. I denne avhandlingen er det rettssikkerheten til de berørte miljøinteresser i vindkraftsaker som er tema for drøftelsen.

### 1.3 Kort redegjørelse av interessekonfliktene i vindkraftsaker

For å gi leseren et bilde av den komplekse sammensetning av miljøhensyn som gjør seg gjeldende i vindkraftsaker, er det tjenlig med en kort redegjørelse for hvilke interessekonflikter man står overfor ved en vindkraftutbygging.<sup>9</sup>

Når det i det følgende tales om *miljøhensyn* eller *miljøinteresser*, må det legges til grunn en vid forståelse av termen ”miljø”. Den folkelige forståelsen knytter seg til «*omgivelser og forhold som et menneske lever og ferdes i*».<sup>10</sup> I denne avhandlingen vil miljøtermen omfatte det biologiske mangfoldet, kulturminner, landskapshensyn og menneskers opplevelse av naturen som et fristed for opplevelser, ro og friluftsliv. Utbygging av fornybar kraftproduksjonsanlegg stiller seg imidlertid i en spesiell stilling når miljøvirkningene skal drøftes. En side er de *skadevirkninger* tiltaket vil medføre for miljøet i lokaliseringsområdet. En annen side er de *positive miljøvirkningene* som følger av vindkraftutbygging. For det første vil økt satsing på vindkraftproduksjon forhindre ytterligere vannkraftutbygging i bevaringsverdige vassdrag. For det andre vil kraftproduksjon gjennom fornybare energikilder bidra til reduserte utslipp av klimagasser. Slike klimatiske fordeler vil også falle inn under hva man kan definere som miljøhensyn. Som det skal vises, kan dette være et kompliserende forhold når loven pålegger den besluttede myndighet å legge vekt på miljøhensyn i sin avgjørelse. Miljøvirkninger som følger av utslippsreduksjon omtales i den videre fremstilling under termen ”klimahensyn”.

I det følgende skal det gjennomgås *seks* forhold som kan gi opphav til miljømessige interessekonflikter i vindkraftsaker.

---

<sup>9</sup> I tillegg kan vindkraftutbygging komme i konflikt med en rekke sektorbaserte bruks- og næringsinteresser, som turistnæringen, reindriften, militære interesser, landsbruksinteresser mv.

<sup>10</sup> Hentet fra *Norsk ordbok* 2004.

For det første kan utbygging av vindkraftverk medføre *estetiske* skadevirkninger. Å kunne skue utover naturområder uten spor av menneskelige konstruksjoner har for mange stor verdi. Utbygging av vindkraftverk vil være blant de mest dominerende byggverk som til nå er utplassert i norsk utmark. Vindkraftverk består av et stort antall vindturbiner, som strekker seg 120–150 meter fra bakkenivå til vingespiss og har en rotordiameter på 90 meter. Vindturbinene vil være synlige på 10–12 kilometers avstand, noe som medfører konflikt med naturestetiske hensyn. Fastsettelsen av den estetiske konfliktgraden er samtidig et vanskelig tema. Årsaken ligger i at det vil være ulike oppfatninger av hvor skjemmende et vindkraftverk vil virke på naturlandskapet. De estetiske virkninger kan ikke fastsettes i form av tall, men må bero på et konkret skjønn. Konfliktgraden vil dermed bero på *øynene som ser*.

For det andre vil *støyen* som befolkningen i området utsettes for, være et opphav til konflikt i vindkraftsaker. ”Støy” er betegnelsen på uønsket lyd, noe som kan ha negativ innvirkning på menneskers fysiske og psykiske velvære. Vindkraftverk blir som regel lokalisert til områder uten menneskeproduert støy, slik at støyen fra vindturbinene blir meget fremtredene. Det er stort sett overfor bosatte i nærheten av vindkraftverk det vil oppstå støykonflikter, men støyvirkninger kan òg utgjøre konflikt med friluftinteresser. I motsetning til estetiske virkninger er støyvirkningene kommensurable. I planområdet til et vindkraftverk ligger støynivået på 50–60 dB, og på 800–900 meters avstand vil støynivået ligge på ca. 40 dB.<sup>11</sup> Etter forurensingsloven er støy ansett som forurensning, noe som medfører at det undertiden er nødvendig med tillatelse av forurensningsmyndighetene ved vindkraftutbygging.<sup>12</sup>

For det tredje kan en vindkraftutbygging medføre negative virkninger overfor det *biologiske mangfoldet* i utbyggingsområdet. Vindkraftverk kan forstyrre leveområder til

---

<sup>11</sup> Tall hentet fra SFT faktaark: *Klima, luftforurensning og støy* TA-1738 (2000) s. 1–2.

<sup>12</sup> Se kap. 4.2.2.

planter og dyr, og utgjør en fare for nedbygging og forringelse av sårbare arter. Utryddelse av ulike naturtyper regnes som en av vår tids største miljøtrusler. Dette påpekes bl.a. i St.meld. nr. 21 (2004–2005), som understreker at tapet av biologisk mangfold både er et nasjonalt og internasjonalt problem. Det antas at bare i Norge har over 100 plante- og dyrearter har forsvunnet de siste 150 årene, og at hovedårsaken er fysiske inngrep og endret arealbruk.<sup>13</sup> Når det gjelder vindkraftverks innvirkning på viltet, er det særlig skadevirkningene for *fugler* som har blitt viet størst oppmerksomhet. Årsaken ligger i den store kollisjonsfaren vindturbinene utgjør, noe som spesielt har gått utover havørn langs norskekysten.<sup>14</sup> Viltet i Norge er imidlertid gitt en formell beskyttelse gjennom viltloven, som stadfester et fredningsprinsipp.<sup>15</sup>

For det fjerde vil utbygging av vindkraftverk utgjøre en interessekonflikt med *landskapsbaserte* miljøhensyn. Landskapet er ansett for å være en ressurs for opplevelse, kunnskap og bruk. Vindkraftverk som plasseres i urørte utmarksområder, vil i vesentlig grad endre landskapets karakter, og utgjør følgelig en konflikt med de landskapsbaserte kvalitetene.

Vindkraftutbygging kan for det femte medføre konflikt med *friluftslivsinteresser*. I St.meld. nr. 21 (2004–2005) betegnes friluftsliv som «*et felles gode som må sikres som kilde til god livskvalitet, økt trivsel, bedre folkehelse og bærekraftig utvikling*».<sup>16</sup> I Norge har vi lange tradisjoner for å bruke naturen til friluftslivsaktiviteter. En sentral verdi i friluftslivets kvalitet er opplevelsen av urørt natur. Utbygging av vindkraftverk, som både har visuelle og støymessige skadevirkninger, kan derfor føre til at lokaliseringområdet blir lite egnet til friluftslivsformål.

---

<sup>13</sup> Jf. St.meld. nr. 21 (2004–2005) s. 32.

<sup>14</sup> Siden trinn II av Smøla vindkraftverk ble utbygd i 2005, har ti havørn mistet livet grunnet kollisjon.

<sup>15</sup> Se kap. 4.2.4.

<sup>16</sup> St.meld. nr. 21 (2004–2005) s. 46.

For det sjette utgjør vindkraftutbygging en særlig konflikt med *kulturminner* i lokaliseringsområdet.<sup>17</sup> I kulturminneloven § 2 defineres kulturminner som «*alle spor etter menneskelig virksomhet i vårt fysiske miljø, herunder lokaliteter det knytter seg historiske hendelser, tro eller tradisjon til*». Kulturminner anses for å være uerstattelige kilder til kunnskap om hvordan mennesker i tidligere generasjoner utnyttet naturen og landskapet. Slike kulturminner kan være alt fra forhistoriske boplasser til bygg eller minnesmerker fra nyere tid. Vindkraftverk kan komme i direkte konflikt med kulturminner ved at nødvendige utgravinger fører til ødeleggelser. Men vel så aktuelt er de indirekte konfliktene, ved at opplevelsverdien av kulturminner reduseres grunnet den visuelle og støyessige innvirkning vindkraftverket medfører.

#### 1.4 Hva vil være tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker?

##### 1.4.1 Fastsettelse av en rettssikkerhetsmålsetting i vindkraftsaker

Redegjørelsen over viser hvor bredt spekter av potensielle interessekonflikter som kan følge av en vindkraftutbygging. For å kunne drøfte om de berørte miljøinteressene er gitt tilstrekkelig rettssikkerhet, er det nødvendig å fastslå en *rettssikkerhetsmålsetting* for miljøvernet i vindkraftsaker. Grensen mellom hva som er akseptable og ikke-akseptable miljøskader som følge av en vindkraftutbygging, vil det følgelig være uenighet om. Men som et utgangspunkt kan det være nyttig å oppstille en overordnet målsetting for hvor omfattende miljøskader som skal unngås, og knytte dette til et rettssikkerhetsmål i vindkraftsaker. For å fastsette en slik rettssikkerhetsmålsetting, vil de politiske uttalelsene tilknyttet utbyggingsmålene være veiledende.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Se kap. 4.2.3.

<sup>18</sup> En lignende tilnæringsmåte er å fastsette en *kvalitativ minstestandard* for miljøbeskyttelsen i vindkraftsaker. Om termen, se Eskeland s. 63 flg. Kvalitative minstestandarder har først og fremst blitt knyttet opp mot et velferdsmessig minstemål, se Graver s. 145. I denne miljørettslige drøftelsen benyttes derfor termen ”rettssikkerhetsmålsetting”.

Til tross for at det er satt store utbyggingsmål for vindkraftverk, er det ikke gitt klare instruksjoner for *hvordan* og på *hvilke premisser* målsettingene skal oppnås. I tilknytning til målsettingen om 3 TWh i St.meld. nr. 29 (1998–1999) ble det uttalt:

*«Det er imidlertid viktig at utbyggingen av vindkraft foregår på bakgrunn av en planlegging som både tar hensyn til hvordan en kan få en god utnyttelse av vindressursene, og samtidig ivaretar miljø, landskap og annen arealbruk.»*<sup>19</sup>

Her gis det uttrykk for at en viktig del av vindkraftsatsingen er at de berørte miljøinteressene ivaretas. Et noe klarere budskap ble gitt i St.meld. nr. 11 (2004–2005), som i stor grad omhandlet vindkraftsatsingen. Her ble det uttalt:

*«Det er et mål for Regjeringen at vindkraftutbyggingen skjer på en bærekraftig måte og i et helhetlig perspektiv hvor også hensynet til andre areal- og samfunnsinteresser ivaretas på en god måte.»*<sup>20</sup>

At andre interesser skal ivaretas på «en god måte», kan tas til inntekt for at store miljømessige skadevirkninger skal unngås. Av de to uttalelsene sett i sammenheng, kan det utledes en målsetting om at vindkraftutbygging skal forenes med andre miljøinteresser, og ikke skje dersom gjennomføringen vil medføre *store miljøskader*. At berørte miljøinteresser har tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker, kan først stadfestes dersom gjeldende rettsregler gir dem vern mot å bli utsatt for store skadevirkninger. Det er denne rettssikkerhetsmålsettingen vi skal forholde oss til i det følgende.

Hva som ligger i *store miljøskader* vil imidlertid igjen kunne lede til uenighet, noe som er et gjennomgående problem på miljørettens område.<sup>21</sup> Som et utgangspunkt kan det sies at

---

<sup>19</sup> St.meld. nr. 29 (1998–1999) s. 22.

<sup>20</sup> St.meld. nr. 11 (2004–2005) s. 34.

et vindkraftverk vil medføre store miljøskader dersom utbyggingen skjer på bekostning av, eller i stor grad reduserer, eksistensen til biologiske arter i utbyggingsområdet.<sup>22</sup> Store miljøskader kan også fastslås dersom områder med bolig- og/eller friluftsmål blir lite egnet for sådanne formål etter en vindkraftutbygging, og der en utbygging vil medføre at kulturminnene i området blir ødelagt eller får vesentlig redusert opplevelsesverdi.

#### 1.4.2 Nærmere om termen ”rettssikkerhet”

Termen ”rettssikkerhet” blir ofte benyttet i juridisk teori som et honnørord, men med ulikt meningsinnhold ut i fra den kontekst det presenteres i. Det alminnelige forståelsen sikter i hovedsak til *individenes* beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetene, muligheten for å forutberegne sin rettsstilling og til å forsvare sine interesser.<sup>23</sup> Når det gjelder rettssikkerhetsbetraktninger i miljøretten er det nødvendig å operere med et bredere spekter av rettssubjekter. Vurdering av rettssikkerheten må også knyttes til den rettslige beskyttelsen av allmenne interesser, herunder miljøhensyn.<sup>24</sup> Rettssubjektene i denne avhandlingen og som rettssikkerhetsanalysen skal knyttes opp mot, omfatter derfor både det biologiske mangfoldet, landskaps- og kulturminnehensyn og de enkeltindivider som kan bli skadelidende av en vindkraftutbygging, jf. kapittel 1.3 ovenfor.<sup>25</sup>

Det finnes flere måter å fastlegge innholdet i rettssikkerhetstermen på. Et naturlig utgangspunkt er sontringen mellom rettssikkerhet i *materiell* og *formell* forstand.<sup>26</sup> Den materielle rettssikkerhet referer seg til *verdiriktighet*, nærmere bestemt at de gjeldende rettsregler har et rettferdig innhold. Den formelle rettssikkerhet referer seg til *rettsriktighet*,

---

<sup>21</sup> Hva som er uønskede skadevirkninger ved vindkraftutbygging er også behandlet i Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 9–21.

<sup>22</sup> For en redegjørelse for når utbyggingstiltak er uønsket fra et naturvernperspektiv, se Lilleås s. 90.

<sup>23</sup> Se bl.a. Eckhoff/Smith s. 50.

<sup>24</sup> Se Backer 2002 s. 130.

<sup>25</sup> Slike betraktninger om forholdet mellom mennesker og naturen betegnes som *den ikke-antroposentriske ekstensjonismen*, se mer i Christophersen s. 62–64.

<sup>26</sup> Se bl.a. Eskeland s. 55 flg. og Boe 2005 s. 202–203 og Høgberg s. 12–15.

det vil si sikkerheten for at rettsreglenes innhold og de legislative hensyn blir fulgt og håndhevet på en måte som oppfyller lovens verdiriktighet.

For at miljøinteresser skal ha tilstrekkelig rettslig vern i vindkraftsaker, må både den materielle og den formelle rettssikkerheten være til stede. Drøftelsen må knyttes opp mot den fastsatte rettssikkerhetsmålsettingen. For det første må gjeldende rettsregler gir uttrykk for at vindkraftverk som vil medføre store miljøskader, ikke skal gjennomføres. For det andre må det foreligge rettslige virkemidler som sikrer at forvaltningen etterlever lovens verdiriktighet, og slik nekter utbygging av vindkraftverk som medfører store miljøskader.

Det vil være glidende overganger mellom rettssikkerhet i formell og materiell forstand. Den materielle rettssikkerhet er i juridisk teori ansett som mest grunnleggende.<sup>27</sup> Dette har sammenheng med at det er til liten nytte at den formelle rettssikkerhet ivaretas, så lenge rettsreglene ikke gir uttrykk for ønsket verdiriktighet. Således kan man si at det er innholdet av den materielle rettssikkerhet som oppstiller rammene for den formelle rettssikkerhet. I avhandlingen behandles begge rettssikkerhetsbetraktningene, men ettersom det først og fremst dreier seg om en analyse av saksbehandlingen i vindkraftsaker, vil hovedvekten legges på den formelle rettssikkerheten. Dette nødvendiggjør en nærmere redegjørelse av de rettslige virkemidler som kan fremme den formelle rettssikkerheten.

### 1.4.3 Rettssikkerhetsgarantier i vindkraftsaker

Vindkraftsaker er komplekse; ulike hensyn gjør seg gjeldende med ulike styrke etter hvor vindkraftverket planlegges utbygd. Dette fordrer en nyansert og individuell behandling av de omsøkte sakene, hvor enkelte vurderinger til en viss grad må bero på forvaltningens ekspertise, lokalkunnskap og skjønn. Men selv om forvaltningen er gitt ansvaret for å oppfylle de politiske utbyggingsmålsettingene, må ansvarlig organ holde seg innenfor de lovsatte rammer som myndigheten utledes fra. En del av vurderingsfriheten innenfor

---

<sup>27</sup> Se bl.a. Høgberg s. 13.

hjemmelsgrunnlaget kan knytte seg til lovtolkningen og til subsumsjonen, og omtales i juridisk teori som ”rettsanvendelsesskjønn”.<sup>28</sup>

Det finnes flere rettslige virkemidler for å sikre at forvaltningen i enkeltsaker etterlever lovgivers intensjoner, noe som juridisk terminologi betegner som ”rettssikkerhetsgarantier”.<sup>29</sup> Rettssikkerhetsgarantiene knytter seg først og fremst til kompetanseskranker i hjemmelsgrunnlaget, men også til kontrollen om forvaltningen holder seg innenfor de rettslige rammene ved skjønnsutøvelsen.

Når det gjelder rettslige skranker for forvaltningens vurderingsfrihet, vil slike først og fremst følge av loven kompetansen utledes fra. I vindkraftsaker er det i hovedsak to lover som gjør seg gjeldende: For det første kreves det konsesjon etter energiloven, og for det andre kreves det arealavklaring etter bestemmelsen i plan- og bygningsloven. Det er derfor først og fremst de rettslige rammene i energiloven og plan- og bygningsloven som vi skal beskjeftige oss med i denne avhandlingen. De rettslige rammene kan både avgrense forvaltningens kompetanse og statuere plikter for organet.

En side er de *prosessuelle* krav til saksbehandlingen.<sup>30</sup> Dette går bl.a. ut på hvor strenge utredningskrav loven pålegger forvaltningen. I vår sammenheng er dette et spørsmål om hvor stor frihet forvaltningen har i vurderingen av hvor grundig de potensielle miljøkonsekvenser må kartlegges før vedtak kan treffes. Slike prosessuelle rettssikkerhetsgarantier ved konsesjonsbehandlingen av en vindkraftsak drøftes i kapittel 2.

En annen side er de *materielle* krav til avgjørelsen.<sup>31</sup> En vesentlig forutsetning for at miljøhensyn ivaretas i vindkraftsaker, er at gjeldende rettsregler setter skranker for forvaltningens kompetanse som sikrer saklige og forsvarlige avgjørelser. Spørsmålet som

---

<sup>28</sup> Se Graver s. 251, Eckhoff/Smith s. 354 og Boe 1993 s. 691.

<sup>29</sup> Se bl.a. Eskeland s. 73 flg. og Boe 2005 s. 207 flg.

<sup>30</sup> Se en oppstilling av prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i Boe 2005 s. 209–212.

<sup>31</sup> Dette må ikke forveksles med rettssikkerhet i ”materiell forstand”, jf. ovenfor i kap. 1.4.2.

skal drøftes, er hvor stor vurderingsfrihet forvaltningen har mht. hvilke hensyn som er *saklig* å bygge på, hvilke hensyn som *pliktes vurdert*, og hvilken *vekt* de relevante hensyn skal tillegges. I hvilken grad energiloven inneholder materielle rettssikkerhetsgarantier, drøftes i kapittel 3. Om det i norsk rett finnes andre rettsgrunnlag som legger skranker for forvaltningens rettsanvendelsesskjønn, drøftes i kapittel 4. Plan- og bygningslovens prosessuelle og materielle rettssikkerhetsgarantier, behandles samlet i kapittel 5.

For det andre knytter rettssikkerhetsgarantiene seg til domstolenes muligheten for etterfølgende kontroll av forvaltningens avgjørelser. Domstolenes prøvelsesrett er kanskje den viktigste rettssikkerhetsgarantien vi har i Norge. Hovedregelen er at domstolene fullt ut kan prøve hvert element i forvaltningen rettsanvendelse.<sup>32</sup> Kontrollen gjelder både hvordan forvaltningen tolker den aktuelle kompetansebestemmelse og hvordan hjemmelsgrunnlag anvendes på de faktiske forhold som foreligger i den konkrete sak. Undertiden er imidlertid domstolene lite tilbøyelige til å overprøve subsumsjonen, men slike tilfeller må «*særskilt begrunnes*».<sup>33</sup> Dersom hjemmelsgrunnlaget åpner for frihet til forvaltningen i subsumsjonen, står vi overfor et *rettsanvendelsesskjønn med begrenset domstolskontroll*.<sup>34</sup> Momenter som taler for at subsumsjonen skal være unntatt domstolskontroll, vil først og fremst bero på en tolking av det konkrete hjemmelsgrunnlag. I vår sammenheng vil det derfor være av vesentlig betydning i hvilken grad de gjeldende rettsregler i vindkraftsaker inneholder vage eller skjønnsmessige begreper som taler for at subsumsjonen skal ligge endelig hos ansvarlig forvaltningsorgan.

Der hjemmelsgrunnlaget gir forvaltningen diskresjonær kompetanse til å bruke sin myndighet, kan domstolene ikke overprøve forvaltningens hensiktsmessighetskjønn. Friheten gjelder imidlertid ikke ubegrenset. Forvaltningen må i sin skjønnsvurdering holde

---

<sup>32</sup> Se Boe 1993 s. 692, Graver s. 261 og Eckhoff/Smith 500–501.

<sup>33</sup> Se Rt. 1995 s. 1427 (behandles mer i kap. 3.3.2.3).

<sup>34</sup> Terminologisk brukes dette uttrykket av Boe 1993 s. 41 flg. og s. 691, mens Graver bruker termen "fritt skjønn", jf. s. 255–256. For ikke å forveksle "rettsanvendelse med begrenset domstolskontroll" med forvaltningens "hensiktsmessighetskjønn" som behandles nedenfor, brukes førstnevnte begrep i denne avhandlingen.

seg innenfor de lovsatte rammer som legger normative føringer på utøvelsen. Her kan domstolene både prøve om forvaltningen har bygget på utenforliggende hensyn og om de har lagt vekt på de pliktige hensyn som er oppstilt i loven. Fastleggelsen av vurderingstemaet og de relevante hensyn som er tillatt og pliktige å ta i betraktning, har også nær sammenheng med domstolenes alminnelige kontroll av forvaltningsavgjørelsers saklighet og vilkårlighet.<sup>35</sup>

En viss kontroll av forvaltningens avgjørelser følger også av den kontroll som ligger i klage- og omgjøringsmulighetene i forvaltningsretten. Adgangen til å klage gir følgelig berørte aktører styrket rettssikkerhet ved at en fornyet vurdering blir foretatt av et overordnet organ. Gjennom overordnet kontroll kan det styrende departement bli oppmerksom på feil og uheldig praksis fra beslutningsmyndighetens side. Særlig viktig i denne sammenheng er at grensen mellom rettsanvendelsesskjønn og hensiktsmessighets-skjønnet ikke har betydning for hva den overordnede instans kan prøve i en klagesak, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Men klageadgangen innebærer ingen garanti for at sakens utfall endres; forvaltningsskjønnet flyttes kun opp et nivå. Av den grunn er saksbehandlingen i første instans mest interessant i det følgende.<sup>36</sup>

Det har lenge vært et omdiskutert spørsmål om hvor grensene går for domstolenes kontroll av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn og det friere hensiktsmessighetsskjønn.<sup>37</sup> Etter min mening lar det seg ikke gjøre å oppstille klare grenser, slik at gråsonetilfellene må bero på en konkret tolking av et bestemt rettsområde. Vårt tilfelle dreier seg om hvor stor vurderingsfrihet forvaltningen har etter de gjeldende rettsregler i vindkraftsaker. Grensene for forvaltningens vurderingsfrihet vil først og fremst bero på tolking av energiloven og plan- og bygningsloven. Det er med utgangspunkt i disse rettsgrunnlag det skal foretas en

---

<sup>35</sup> For en redegjørelse av de alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, se Graver s. 114 flg.

<sup>36</sup> For en redegjørelse av retten til klage i miljø saker, se Bugge 2006 s. 98 flg.

<sup>37</sup> Se Graver s. 256–270, Eckhoff/Smith s. 500–505, og Boe 2007 s. 67–88. For en grundigere redegjørelse vedrørende grenser for rettsanvendelsesskjønn, se Mæhle.

drøftelse om gjeldende rettsregler vil sikre at det ikke bygges ut vindkraftverk som vil medføre store miljøskader.

## 2 Energilovens utredningskrav i vindkraftsaker

### 2.1 Innledning med kapitlets problemstilling

En vindkraftutbygging er konsesjonspliktig etter energiloven. Slik det fremgikk ovenfor, har utbygging av vindkraftverk et stort konfliktpotensial med en rekke miljøinteresser. En forutsetning for at det ikke skal bygges ut vindkraftverk som vil medføre store miljøskader, er at de potensielle miljøkonsekvensene er kartlagt på en grundig måte før vedtak treffes. Dette vil gi vedtaksmyndigheten et mest mulig korrekt grunnlag å avsi vedtak på, og rettssikkerheten til de berørte interesser vil således styrkes. Problemstillingen i det følgende er om *energilovens utredningskrav vil sikre at de potensielle miljøskadene et vindkraftverk kan medføre, blir grundig kartlagt før avgjørelse treffes.*

I forvaltningsretten har det lenge vært tradisjon for at saker som behandles, må være grundig utredet før vedtak treffes. Forvaltningsloven § 17 første ledd fastslår at *«forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes»*. I miljøforvaltningsretten har kravet om kartlegging av miljøkonsekvenser kommet til uttrykk i flere miljørettslige prinsipper. Særlig aktuelt er det såkalte *integrasjonsprinsippet*, som i korte trekk går ut på at miljøhensyn skal ivaretas *«ved utforming og gjennomføring av politikken på alle samfunnsområder og sektorer som forårsaker miljøproblemer»*.<sup>38</sup> Integrasjonsprinsippet har bred internasjonal anerkjennelse og er inntatt i flere miljørettslige konvensjoner.<sup>39</sup>

En viktig side av utredningsplikten i forvaltningssaker er høringsprosessen. I miljø saker er det meget avgjørende at både berørte aktører, statlige myndigheter og interesseorganisasjoner gis mulighet til å uttale seg om de miljøkonsekvenser et vedtak kan medføre. En rekke miljøinteresser er uten tilknytning til konkrete rettighetshavere, slik at det er av stor betydning at noen kan tale på deres vegne. For det første kan

---

<sup>38</sup> Bugge 2006 s. 65–68. Slik også Backer 2002 s. 60–62

<sup>39</sup> Se f.eks. Biodiversitetskonvensjonen art. 10 litra a.

vedtaksmyndigheten bli oppmerksom på miljøkonsekvenser som ellers kunne blitt forbigått i saksbehandlingen. For det andre bidrar berørte aktørers deltakelse til å demokratisere avgjørelsesprosessen, noe som anses som en viktig rettsikkerhetsverdi i den moderne rettsstat.

Kravet «*så godt opplyst som mulig*» i fvl. § 17 er imidlertid upresist formulert, slik at det nærmere omfanget av utredningsplikten vil bero på tolkning av hjemmelsloven. I det følgende skal det foretas en drøftelse av energilovens bestemmelser, hvor det i særlig grad skal fokuseres på to forhold: For det første i hvilken grad energilovens bestemmelser gir uttrykk for at vindkraftverks miljøkonsekvenser skal kartlegges på en grundig måte før vedtak treffes. For det andre om det foreligger rettslige virkemidler som sikrer at utredningsplikten blir fulgt opp.

## 2.2 Gjeldende lovverk og ansvarlig myndighet i vindkraftsaker

Veien frem til det endelige vedtak i en vindkraftsak er en lang og omfattende prosess. Fra tiltakshaver sender inn forhåndsmelding til endelig avgjørelse foreligger, tar gjerne to–tre år. I denne prosessen gjør flere lover seg gjeldende og ulike offentlige organer blir trukket inn i saken. Før kapitlets hovedproblemstilling skal drøftes, er det derfor nødvendig med en kort redegjørelse av relevant lovverk samt hvilke organer som har beslutningskompetanse i vindkraftsaker.

Energiloven § 3-1 setter et forbud mot å bygge ut og drive vindkraftproduksjon uten tillatelse. Det følger av første ledd at «*[a]nlegg for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi med høy spenning, kan ikke bygges eller drives uten konsesjon*». I henhold til bestemmelsens annet ledd er det spenningsnivået anlegget er knyttet til, som er avgjørende for om anlegget er konsesjonspliktig. I praksis vil alle vindkraftverk med kraftomsetningsformål være tilknyttet høyspentnettet og således være

konsesjonspliktige.<sup>40</sup> I det følgende er det derfor konsesjonspliktige vindkraftsaker som vil bli behandlet. Ved konsesjonsbehandling etter energiloven, følger det av enl. § 2-2 første ledd at departementet er ansvarlig myndighet. Beslutningskompetansen er lagt til Olje- og energidepartementet (OED),<sup>41</sup> men er delegert til Norges Vassdrags- og energidirektorat (NVE).<sup>42</sup>

Som det skal vises nedenfor, er vindkraftverk underlagt et krav om utarbeidelse av konsekvensutredninger. Krav til innhold og fremgangsmåte ved slike konsekvensutredninger følger av plan- og bygningslovens bestemmelser, med presiseringer fastsatt i *Forskrift om konsekvensutredninger*.<sup>43</sup> Både plan- og bygningsloven og KU-forskriften hører i utgangspunktet under Miljøverndepartementet, men NVE er også her oppnevnt som den ansvarlige myndighet og energiloven den lov behandlingen skal knyttes opp mot.<sup>44</sup> Dette innebærer at også plan- og bygningsloven, samt KU-forskriften vil være relevante rettskilder for NVEs myndighetsutøvelse i konsesjonssaker etter energiloven.

Vindkraftverk må som hovedregel også avklares i henhold til de gjeldende arealplaner fastsatt etter bestemmelsene i plan- og bygningsloven. Hvem som er ansvarlig myndighet her, vil bero på hvilket plannivå det er tale om. Som det skal vises til i kapittel 5, er det særlig kommunene som utspiller en juridisk rolle i vindkraftsaker. I tillegg til energiloven og plan- og bygningslovens anvendelse i vindkraftsaker, kan det være nødvendig med tillatelse eller avklaring etter annet lovverk som forurensningsloven, kulturminneloven og viltloven. Hvem som er ansvarlig myndighet her vil bero på det aktuelle rettsområdet. I det følgende er det NVEs utredningsplikt som er gjenstand for drøftelse, og her er det energiloven, plan- og bygningslovens kap. VII-A og KU-forskriften, som er relevante rettskildefaktorer for drøftelsen.

---

<sup>40</sup> Høyspentnettet overstiger spenningsnivå på 1000 Volt vekselstrøm/1500 Volt likestrøm, jf. forskrift 7. desember 1990 nr. 959 § 3-1 (enl.for.).

<sup>41</sup> Jf. kgl. res. 18. januar 1991 nr. 24.

<sup>42</sup> Jf. forskrift 23. august 2006 nr. 993.

<sup>43</sup> Forskrift 1. april 2005 nr. 276 (KU-forskriften).

<sup>44</sup> Jf. KU-forskriften § 2 litra e og vedlegg I nr. 10.

## 2.3 Kravet om konsekvensutredning

### 2.3.1 Innledning

Et av energilovens virkemidler for at miljøskader skal kartlegges før vedtak treffes, følger av kravet om såkalte *konsekvensutredninger*.<sup>45</sup> Energiloven § 2-1 fastslår at for «*søknader som omfattes av plan- og bygningsloven... kapittel VII-a skal konsekvensutredninger vedlegges søknaden*». Etter pbl. § 33-1 første ledd får bestemmelsene om konsekvensutredninger anvendelse for «*tiltak etter annet lovverk som kan ha vesentlige virkninger for miljø, naturressurser eller samfunn*». Som det vil fremgå av kapittel 5.2.5, foreligger det også en konsekvensutredningsplikt ved kommunenes arealplanlegging. Det oppstår dermed et skille mellom en ”tiltaks-konsekvensutredning” og en ”plan-konsekvensutredning”. KU-forskriften § 2 litra e fastslår at tiltak som behandles etter energiloven skal konsekvensutredes etter energilovens bestemmelser, og det er NVE som er ansvarlig myndighet.

Det er satt faste rammer for når vindkraftverk er konsekvensutredningspliktig.

Oppfangingskriteriet følger av KU-forskriften, som fastslår at «*[v]indkraftanlegg med en installert effekt på mer enn 10 MW*» skal konsekvensutredes.<sup>46</sup> Dette vil i praksis omfatte alle vindkraftverk med kraftomsetningsformål, slik at det avgrenses mot de vindkraftverk som skulle falle utenfor dette kravet.

Krav om at tiltak som kan medføre miljøskader, skal underlegges en konsekvensutredning, er ikke et særnorsk fenomen, men er et internasjonalt anerkjent prinsipp og inntatt bl.a. i Rio-erklæringen.<sup>47</sup> En konsekvensutredning innebærer en systematisk kartlegging av ulike

---

<sup>45</sup> Konsekvensutredninger i et miljøvernperspektiv er behandlet i bl.a. Backer 2002 s. 131–135 og Bugge 2006 s. 93–96.

<sup>46</sup> Jf. KU-forskriften vedlegg I nr. 10.

<sup>47</sup> Jf. Rio-erklæringens prinsipp 17.

virksomheter av et tiltak, særlig med sikte på de skader tiltaket kan medføre for miljøet.<sup>48</sup> Integreringsfunksjonen mht. miljøskader kommer til uttrykk i pbl. § 33-1 annet ledd, som angir formålet med konsekvensutredninger til å være «*at hensynet til miljø, naturressurser og samfunn blir tatt i betraktning under forberedelsen av... tiltaket, og når det tas stilling til om... tiltaket kan gjennomføres*». Formålet er å skape et bedre grunnlag for avgjørelsen som skal tas, spesielt mht. miljøvirkningene. Bestemmelsen henvender seg både til tiltakshaver og til vedtaksmyndigheten, og slik vil miljøhensyn integreres på flere stadier i saken; først ved tiltakshavers utforming av konsekvensutredningen, og deretter gjennom vedtaksmyndighetens vurdering av den. Det lovsatte kravet om konsekvensutredning av et vindkraftverk vil derfor bidra til at de potensielle miljøkonsekvenser blir kartlagt før NVE treffer vedtak. Men for at det skal sikres at en mest mulig grundig og korrekt utredning blir fulgt opp, er det nødvendig at det foreligger strenge lovsatte krav til innholdet og omfanget av konsekvensutredningen. Dette drøftes i det følgende.

### 2.3.2 Prosessen frem til konsekvensutredningen

En vindkraftsak starter ved at tiltakshaver utarbeider *forslag til utredningsprogram*, som sendes til NVE, jf. pbl. § 33-1 første ledd.<sup>49</sup> Utredningsforslaget er en oversikt utarbeidet på bakgrunn av tiltakshavers foreløpige informasjon om det aktuelle lokaliseringssted. De nærmere innholdskrav følger av pbl. § 33-2 første ledd andre punktum, som fastsetter at «*forslaget skal gjøre rede for formålet med planen eller søknaden, behovet for utredninger og opplegg for medvirkning*». Innholdskravene er imidlertid ikke spesielt strenge. Dette kommer av at utredningsforslaget først og fremst skal fungere som en melding til NVE og de berørte aktører om at en vindkraftutbygging planlegges i det aktuelle området.

NVE distribuerer således utredningsforslaget til aktuelle høringsinstanser og legger det ut til offentlig ettersyn i tråd med pbl. § 33-2 første ledd tredje punktum. Etter at

---

<sup>48</sup> Jf. Backer 1997 s. 145.

<sup>49</sup> I praksis brukes termen "melding med forslag til utredningsprogram". Denne terminologien, samt "utredningsforslaget", benyttes i det følgende.

høringsuttalelsene til utredningsforslaget er vurdert, fastsetter NVE selve *utredningsprogrammet*. Dette er en arbeidsbeskrivelse rettet mot tiltakshaver, som fastsetter krav til innhold og omfanget av konsekvensutredningen. Etter KU-forskriften § 6 fjerde ledd skal fastsettelsen av utredningsprogrammet skje på bakgrunn av den informasjon som er fremkommet gjennom tiltakshavers utredningsforslag, samt de innkomne høringsuttalelsene. Ved at loven setter krav om en særskilt fastsettelse av utredningsprogram, åpnes muligheten for at NVE kan gi detaljerte utredningskrav tilknyttet de miljøhensyn som spesielt gjør seg gjeldende i de konkrete vindkraftsaker. Et slikt individuelt utredningsprogram er derfor mer hensiktsmessig enn standardiserte lovsatte konsekvensutredningskrav. Dette må spesielt gjelde for vindkraftverk, som undertiden vil være preget av en kompleks sammensetning av potensielle miljømessige skadevirkninger.

Innenfor rammen av tiltakshavers utredningsforslag og de innkomne høringsuttalelsene står NVE nokså fritt ved utformingen av utredningsprogrammet. Men her vil fvl. § 17s krav om forsvarlig utredning bidra til at utredningsplikten blir fulgt opp. Selv om fvl. § 17 i utgangspunktet knytter seg til en etterfølgende realitetsbehandling av tiltaket, må de alminnelige saksbehandlingsbestemmelsene i forvaltningsloven også gjelde på konsekvensutredningsstadiet.<sup>50</sup> Dersom NVE skulle neglisjere enkelte miljøhensyn i fastsettelsen av utredningsprogrammet, ligger også en sikkerhetsventil i KU-forskriften § 7 første ledd. Her fremgår det at i de tilfeller hvor andre offentlige myndigheter anser tiltaket som særlig konfliktfylt, skal utredningsprogrammet forelegges Miljøverndepartementet, som kan komme med bemerkninger. Selv om ikke Miljøverndepartementet er gitt en medbestemmelsesrett, vil deres mulighet til å komme med merknader kunne virke preventiv mot at NVE fastsetter for svake krav til konsekvensutredningen. Slik intern forvaltningskontroll vil derfor også bidra til at utredningsplikten blir fulgt opp.

Det ovenstående viser at prosessen frem til konsekvensutredningen er et viktig grunnlag for at miljøhensyn skal bli ivaretatt når NVE skal ta endelig stilling til saken. At miljøhensyn

---

<sup>50</sup> Se Pedersen m.fl. s. 316.

er integrert i utredningsprogrammet, er viktig, men bare en forutsetning for at de vil bli underlagt en grundig kartlegging ved selve konsekvensutredningen. I tillegg må det foreligge lovbestemmelser som setter krav til konsekvensutredningens innhold og grundighet, samt rettslige virkemidler som sikrer at utredningskravene blir fulgt opp av tiltakshaver.

### 2.3.3 Krav til konsekvensutredningens innhold

Spørsmålet som skal drøftes, er om de lov- og forskriftsatte innholdskrav vil sikre at konsekvensutredningen gir NVE et solid grunnlag å avsi vedtak på.<sup>51</sup>

Konsekvensutredningen skal klargjøre hvilke virkninger som vil følge av vindkraftutbyggingen. Dette gjelder både kortsiktige og langsiktige virkninger, samt direkte og indirekte virkninger. Konsekvensutredningen er imidlertid ikke begrenset til å omfatte skadevirkninger, slik at vindkraftverkets positive virkninger også skal utredes. Når det gjelder utredningstema, følger utgangspunktet av pbl. § 33-1, som sier at tiltakets virkninger på «*miljø, naturressurser og samfunn*» skal undersøkes.

I tillegg til innholdskrav fastsatt i utredningsprogrammet vil standardiserte utredningskrav fastsatt i lov eller forskrift styrke miljøinteressers integrering i konsekvensutredningen. Det følger av KU-forskriftens § 8 at konsekvensutredningen skal «*beskrive virkninger av tiltaket, jf. vedlegg II kolonne B*». Vedlegget fastsetter klare rammer for de utredningskrav tiltakshaver alltid er pålagt å foreta ved en konsekvensutredning. Enkelte av disse utredningskravene fortjener en nærmere omtale.

Etter litra d skal det foretas en «*beskrivelse av miljøet, naturressursene og samfunnsforholdene*» i det aktuelle området. I litra e stilles krav om «*en beskrivelse av virkningene*» som tiltaket vil medføre. Her er bl.a. virkningene overfor dyre- og planteliv,

---

<sup>51</sup> Problemstillingen drøftes på generelt grunnlag i Backer 1994 s. 209.

landskap og kulturminner nevnt eksplisitt. Det stilles også krav om at tiltakets konsekvenser mht. gjeldende arealplaner skal utredes.<sup>52</sup> Sett i sammenheng legger de to bestemmelsene opp til en "før og etter-vurdering", hvor alle miljøinteresser som kan bli skadelidende av en vindkraftutbygging, pliktes konsekvensutredet.

Videre kreves mulighetene for alternative løsninger utredet, jf. litra g. En utredning av alternativ plassering av de ulike vindturbinene er meget viktig, ettersom en rekke miljøhensyn kan ivaretas gjennom endret lokalisering. Et viktig punkt i denne forbindelse er redegjørelse for det såkalte *0-alternativet*, jf. litra a. 0-alternativet er generelt et uttrykk for den situasjon som oppstår dersom vindkraftutbyggingen ikke blir gjennomført. Aktuelt her er bl.a. negative virkninger mht. kraftforsyningsbehovet dersom tiltaket ikke blir gjennomført. Videre skal tiltakshaver utrede mulighetene for avbøtende tiltak, jf. litra h. En slik utredning vil gi NVE et bedre grunnlag til å sette konsesjonsvilkår i forbindelse med konsesjonsvedtaket.<sup>53</sup> Samlet sett viser dette at de innholdskrav som følger av KU-forskriften, sikrer den *bredde* som er nødvendig for at samtlige miljøkonsekvenser skal bli underlagt behandling i konsekvensutredningen.

#### 2.3.4 Krav til konsekvensutredningens grundighet

Ettersom det er tiltakshaver som står for utredningen, kan det oppstå en fare for at enkelte interessekonflikter bagatelliseres eller at det ikke settes av nok tid og penger i utredningsarbeidet. Tiltakshaver har ingen interesse av å vise til omfattende miljøskader, men tvert om vinkle de aktuelle skadene som akseptable konsekvenser. Det kan derfor være fare for at konsekvensutredninger vil bære preg av en subjektiv fremstilling av konfliktomfanget. Det er imidlertid av vesentlig betydning for ivaretagelsen av miljøinteresser at konsekvensutredningen gjenspeiler det virkelige konfliktomfanget i størst

---

<sup>52</sup> Se om arealavklaring i kap. 5.

<sup>53</sup> Se kap. 3.5.

mulig grad. Spørsmålet som da melder seg, er om det finnes rettslige krav til hvor grundig en konsekvensutredning skal være.

På den ene side er det er til alles fordel at utredningen ikke blir for omfangsrik og detaljert. Dette vil gjøre innholdet lite tilgjengelig for berørte aktører som skal kommentere konsekvensutredningen i høringsprosessen. Det er derfor presisert i forarbeidene at konsekvensutredningen skal fokusere på beslutningsrelevante problemstillinger.<sup>54</sup> På den andre siden er det viktig at konsekvensutredningen behandler de ulike konfliktene grundig nok til at både NVE og de berørte aktører gis et mest mulig korrekt bilde av vindkraftverkets skadepotensial.

Verken plan- og bygningsloven eller KU-forskriften inneholder bestemmelser om hvor *inngående* konfliktutredning som kreves. En retningslinje kan utledes av enl. § 2-1 tredje ledd, hvor det heter at «*[s]øknaden skal gi de opplysninger som er nødvendig for å vurdere om tillatelse bør gis og hvilke vilkår som skal settes*». Sett i lys av KU-forskriftens § 8 femte ledd – som sier at konsekvensutredningen og konsesjonssøknaden skal utgjøre et samlet dokument – vil kravet i enl. § 2-1 i realiteten rette seg mot konsekvensutredningen. Konsekvensutredningen må derfor være så grundig at NVE har grunnlag til å foreta en forsvarlig interesseavveining på bakgrunn av den. Det foreligger imidlertid ingen rettslige presiseringer av dette utgangspunktet. Tiltakshaver er henvist til et konkret skjønn i sin vurdering av hvor grundig utredning de enkelte miljøinteressene skal underlegges.

NVE har imidlertid kompetanse til å kreve tilleggsutredninger. Det heter i KU-forskriften § 10 at «*[a]nsvarlig myndighet skal, på bakgrunn av høringen, ta stilling til om det er behov for tilleggsutredninger eller dokumentasjon om bestemte forhold*». Dette kan bidra til sikre den *dybde* som er nødvendig for at miljøkonsekvenser skal bli underlagt en grundig behandling i konsekvensutredningen. Bestemmelsen oppstiller en plikt til å vurdere behovet for tilleggsutredninger, men om kompetansen skal benyttes, beror på hva NVE

---

<sup>54</sup> Jf. Ot.prp. nr. 47 (2003–2004) s. 10.

finner hensiktsmessig i den konkrete sak. Bestemmelsen gir ingen garanti for at kompetansen benyttes ved mangelfulle konsekvensutredninger. Her vil imidlertid domstolenes kontroll av utredningsgrunnlaget kunne endre dette utgangspunktet. Det er slått fast i rettspraksis at domstolene kan overprøve om utredningsplikten for et utbyggingstiltak er oppfylt.<sup>55</sup> Denne kontrollfunksjonen vil bidra til å sikre at NVE fastsetter de tilleggsutredninger som er nødvendig for å kunne ta stilling til vindkraftverkets samlede virkninger.<sup>56</sup>

### 2.3.5 Godkjennelsesprosedyre for konsekvensutredninger

Vi har sett at lovens utredningskrav pålegger tiltakshaver å utarbeide konsekvensutredninger med den *bredde* og *dybde* som må til for at miljøkonsekvensene blir underlagt en grundig vurdering. Vi har også sett at tiltakshaver kan risikere å bli møtt med krav om tilleggsutredninger dersom NVE anser konsekvensutredningen som mangelfull. Som et utgangspunkt er dette forhold som i stor grad vil bidra til at vindkraftverkets potensielle miljøkonsekvenser kartlegges grundig. Men finnes det rettslige virkemidler som sikrer at konsekvensutredningene oppfyller de lov- og forskriftssatte utredningskrav? Svaret beror på om det foreligger en særskilt hjemmel for godkjennelsesprosedyre av konsekvensutredninger.

I den tidligere konsekvensutredningsforskriften fra 1999, het det i § 14 første ledd at «[n]år utredningsplikten er oppfylt, skal ansvarlig myndighet utarbeide et sluttdokument».<sup>57</sup> Det tales her om oppfyllelse av utredningsplikten, noe man ikke kan finne spor av i den gjeldende KU-forskriften. Om konsekvensutredningen oppfyller de lov- og forskriftssatte utredningskrav, vil da bli avgjort på et skjønnsmessig og utenomrettslig grunnlag av NVE. Avgjørelsen regnes ikke som enkeltvedtak, jf. KU-forskriften § 1 femte ledd, men betraktes

---

<sup>55</sup> Prejudikatet her er Rt. 1982 s. 241 – *Alta-sak II*.

<sup>56</sup> Slik også Bugge 2006 s. 97.

<sup>57</sup> Forskrift 21. mai 1999 nr. 502 [oppevet].

som en prosessledende avgjørelse. Dette innebærer at de berørte aktører er avskåret fra muligheten til å klage over en mangelfull konsekvensutredning.<sup>58</sup>

En viss kvalitetssikring følger imidlertid av fvl. § 17 om utredningsplikten. Dersom konsekvensutredningen som ligger til grunn for NVEs konsesjonsvedtak lider av mangelfulle utredninger, vil dette også smitte over på NVEs vedtak. NVEs realitetsvedtak kan påklages etter fvl. § 28, og som sagt kan domstolene overprøve om utredningsplikten for et utbyggingstiltak er oppfylt. Dette kan innebære at NVE blir møtt med ugyldighetskrav grunnet mangelfull utredning. Forvaltningsloven § 17 vil på denne måten ligge som et *ris bak speilet* og virke preventivt mot at NVE slipper igjennom mangelfulle konsekvensutredninger. I juridisk teori vises det imidlertid til at adgangen til å påklage den endelige tillatelse på grunnlag av mangelfull utredning ikke gir miljøinteressene styrket rettssikkerhet.<sup>59</sup> På dette tidspunktet har prosessen kommet så langt at en klage over mangelfull konsekvensutredning vil ha ytterst små sjanser for å vinne frem.

Fra andre land, særlig Nederland, kjenner man eksempler på at den ferdigstilte konsekvensutredning forelegges et uavhengig fagpanel som avgjør om utredningskravene er innfridd.<sup>60</sup> En slik ordning hvor konsekvensutredningen ville blitt underlagt en egen vurdering om den oppfylder utredningskravene, og helst av et annet organ enn beslutningsmyndigheten, ville styrke rettssikkerheten til de berørte miljøinteressene. Mest hensiktsmessig ville det være dersom godkjenning av konsekvensutredning skjedde i form av et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Dermed ville godkjenningen av konsekvensutredning vært gjenstand for klage, jf. fvl. § 28. Slik ordningen er etter dagens lovbestemmelser, er det liten rettslig garanti for at konsekvensutredningen ikke er mangelfull eller subjektiv i sin fremstilling. Dette må kunne sies å innebære en rettslig svakhet mht. rettssikkerheten til miljøinteresser i vindkraftsaker.

---

<sup>58</sup> Se Pedersen m.fl. s. 321.

<sup>59</sup> Jf. Backer 1994 s. 215.

<sup>60</sup> Se Backer 1997 s. 178.

## 2.4 Høringsprosessen i vindkraftsaker

Et annet virkemiddel for å sikre at en vindkraftsak blir så godt opplyst som mulig, følger av energilovens krav til høring i vindkraftsaker. I saker som kan medføre skadevirkninger overfor miljøinteresser, er det meget viktig at berørte aktører gis mulighet til å uttale seg om saken, samt at det blir konsultert med aktuelle myndigheter og interesseorganisasjoner. Allmennhetens medvirkning i miljøraker bidrar til å demokratisere avgjørelsesprosessen, og er den andre av de tre pilarene i Århus-konvensjonen.<sup>61</sup> Etter konvensjonens art. 6 nr. 4 er enhver part forpliktet til å «*muliggjøre allmennhetens deltakelse på et tidlig tidspunkt, når alle alternativer er åpne og allmennhetens deltakelse kan skje på en effektiv måte*».

Dersom det kan argumenteres for at tiltakshavers konsekvensutredning bærer preg av subjektivitet, kan dette avbøtes gjennom andre aktørers høringsuttalelser. Her vil gjerne synspunktene gjelde *den andre siden av saken*, noe som vil gi NVE et mer helhetlig bilde av vindkraftverkets konfliktpotensial. Tema for drøftelsen er i hvilken grad energiloven sikrer at berørte aktører, interesseorganisasjoner og statlige myndigheter gis mulighet til å bli hørt i forbindelse med en vindkraftkonsesjon.

Det skjer to høringsrunder i vindkraftsaker. Som det fremgikk av kapittel 2.3.2, sendes meldingen med forslag til utredningsprogram til berørte aktører og legges ut på offentlig ettersyn. Dette gir de berørte aktører, offentlige organer og interesseorganisasjoner mulighet til å gjøre sine synspunkter gjeldende på tidlig tidspunkt i saken.<sup>62</sup>

Høringsuttalelsene gir både tiltakshaver og NVE en formaning om hvilke miljøkonflikter som spesielt gjør seg gjeldende for det meldte vindkraftverket.

Den største høringsrunden skjer imidlertid når konsesjonssøknaden med tilhørende konsekvensutredning er ferdigstilt. NVE foretar først en kunngjøring av søknaden, jf. enl. §

---

<sup>61</sup> Se Århus-konvensjonen 25. juni 1998.

<sup>62</sup> Miljøverndepartementet anbefaler at det også skjer en forhåndskontakt mellom tiltakshaver og de berørte aktører før melding sendes utstedes, se Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 29.

2-1 sjette ledd. I forarbeidene til energiloven anbefales det at NVE i tillegg skal arrangere offentlige møter og at søknaden med konsekvensutredning skal gjøres tilgjengelig på internett.<sup>63</sup> Loven åpner for at *enhver* som ønsker å komme med bemerkninger til konsesjonssøknaden, gis mulighet til dette. En slik offentlighet er en viktig forutsetning for at alle mulige interessekonflikter blir brakt til NVEs kunnskap.

Når det gjelder vedtak avsagt i medhold av energiloven, følger det av § 2-1 syvende ledd at «*offentlige organer og andre som tiltaket direkte gjelder skal få søknaden tilsendt til uttalelse*». Offentlige organer vil først og fremst være de statlige myndigheter «*som ivaretar allmennhetens interesser*», som det heter i forarbeidene.<sup>64</sup> I vindkraftsaker vil dette typisk omfatte Direktoratet for Naturforvaltning, Riksantikvaren, Statens Forurensningstilsyn (SFT) m.fl.<sup>65</sup> Men viktige høringsinstanser vil også være de berørte kommuner og fylkeskommuner, hvor vertskommunens uttalelser mht. de gjeldende arealplaner i området er spesielt viktig. Dermed integreres også kommunens synspunkter angående utbyggingen i avgjørelsesgrunnlaget til NVE, og slik vil den gjeldende arealangivelse inngå som momenter i NVEs interesseavveining.<sup>66</sup>

Med dette kan det fastslås at energiloven sikrer en bred og grundig høringsprosess i vindkraftsaker. Høringsprosessen er et nødvendig virkemiddel for at alle de potensielle miljøkonflikter blir inntatt i utredningsgrunnlaget til NVE. I de behandlede vindkraftsaker kan man se at NVE bygger på en omfattende høringsdokumentasjon. Den åpne prosessen som ligger til grunn for et konsesjonsvedtak, er meget viktig for at miljøinteressers blir ivare tatt. Det er i alles interesse at saken bygger på et bredest mulig høringsgrunnlag. På denne måten vil alle motforestillinger bli brakt frem i saksforberedelsen, og ikke først i en eventuell klagesak. Slik kan tiltakshaver tilrettelegge utbyggingsplanene etter de påpekte bemerkninger. Dersom det fremgår av høringsuttalelsene at vindkraftverket vil utgjøre en

---

<sup>63</sup> Se Ot.prp. nr. 47 (2003–2004) s. 11.

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 86.

<sup>65</sup> Slik det skal vises i kapittel 2.5, vil en rekke av slike høringsuttalelser skje i form av såkalte ”tematiske konfliktvurderinger”.

<sup>66</sup> Den rettslige betydningen behandles i kapittel 5.2.3.

omfattende interessekonflikt med en rekke miljøhensyn, vil NVE også ha større grunnlag for å avslå en konsesjonssøknad.

Den kommunikasjon mellom tiltakshaver, myndighetene og berørte aktører som på et tidlig stadium skapes gjennom høringsprosessen, kan også bidra til at visse negative miljøvirkninger kan avverges før utbygging igangsettes. Tiltakshaver kan på bakgrunn av de innkomne uttalelsene gjøre endringer i planleggingsfasen, slik at konfliktgraden blir mindre, og de mest utsatte miljøinteresser blir ivaretatt. Dette har vist seg å være nyttig i praksis, særlig ved flytting av den planlagte lokaliseringen av enkeltturbiner som anses å ha et stort konfliktpotensial. Et illustrerende eksempel er vindkraftprosjektet Havgul som planlegges utbygd utenfor Ålesund, hvor nå en rekke av vindturbine planlegges plassert et par kilometer lenger ut i havet etter kommunikasjon mellom tiltakshaver og berørte kommuner.

## 2.5 Den tematiske konfliktvurderingen

### 2.5.1 Innledning

Til nå er det fremkommet at NVE både har konsekvensutredningen og de innkomne høringsuttalelsene som grunnlag for sin avgjørelse. Den konfliktdokumentasjonen som er avdekket knytter seg imidlertid kun til ett konkret vindkraftprosjekt. Dersom NVE skal gi konsesjon til de vindkraftverk som i størst mulig grad kan forenes med andre interesser, må NVE også rette fokuset ut av den konkrete vindkraftsak. På denne bakgrunn har det fra politisk hold blitt ansett som nødvendig å innføre et system som kan gi grunnlag for en mer objektiv og helhetlig vurdering av vindkraftverk. Et alternativ som her ble drøftet, var utarbeidelse av en samlet plan over vindkraftverk i Norge, men forslaget har imidlertid aldri kommet lenger enn til de politiske debatter.<sup>67</sup> NVE har beregnet en ressursinnsats på minimum 100 millioner kroner og et tidsperspektiv på minst fem år, dersom en slik samlet

---

<sup>67</sup> Spørsmålet om samlet plan for vindkraftutbygging har vært oppe til behandling i Stortinget to ganger, men ble avvist i begge tilfellene. Se Innst.S. nr. 257 (2003–2004) og Innst.S. nr. 97 (2005–2006).

plan skal bli en realitet.<sup>68</sup> Som et substitutt ble det derfor innført et system med en *tematisk konfliktvurdering*.

Tematiske konfliktvurderinger ble først behandlet i St.meld. nr. 11 (2004–2005), som en oppfølging av Stortingets mål om å få etablert 3 TWh vindkraft innen 2010.<sup>69</sup> Det understrekes i stortingsmeldingen at reglene for behandling av vindkraftprosjekt innebærer en grundig vurdering av et enkelt prosjekt, men det etterlyses et system for en mer samlet vurdering av konsekvensene av de planlagte vindmølleparkene.<sup>70</sup> Gjennom den tematiske konfliktvurdering ønsket regjeringen at det nå skulle foretas en helhetlig vurdering, hvor både meldte og konsesjonssøkte prosjekter ses i sammenheng. Dette skulle gi NVE en bedre oversikt over hvilke vindkraftprosjekter som i størst grad bidrar til realisering av utbyggingsmålet, og samtidig medfører minst skadevirkninger.<sup>71</sup> Dermed vil den tematiske konfliktvurdering komme inn som et supplerende utredningsgrunnlag i NVEs konsesjonsbehandling. Spørsmålet som skal drøftes, er om den tematiske konfliktvurderingen vil bidra til at NVE bygger på et grundig utredningsgrunnlag i vindkraftsaker.

## 2.5.2 Metodikk og Innhold

I konfliktvurderingen inngår *miljø og kulturminner, reindrift og forsvaret* som de tre konfliktkategoriene. Det er temaet *miljø og kulturminner* vi skal beskjeftige oss med. Den praktiske utarbeidelsen av denne konfliktutredning er lagt til Direktoratet for Naturforvaltning og Riksantikvaren.<sup>72</sup> Undertemaene *naturmiljø, kulturmiljø og landskap* danner grunnlaget for fagmyndighetenes vurdering av konfliktkategorien *miljø og kulturminner*. Dette dekker en vesentlig del av de lokale miljøvirkningene et vindkraftverk

---

<sup>68</sup> Se *Vindkraft og miljø – en erfaringsgjennomgang* mai 2003 s. 116.

<sup>69</sup> Se St.meld. nr. 11 (2004–2005) s. 34.

<sup>70</sup> I.c.

<sup>71</sup> I praksis kan man se at dette blir fulgt av NVE, som avsier konsesjonsvedtak for flere vindkraftsaker samtidig. I de seneste vindkraftsakene ble fem–seks konsesjonsvedtak avsagt på samme dag.

<sup>72</sup> I det følgende vil termen ”fagmyndighetene” benyttes.

kan medføre, og på denne måten vil miljøhensyn bli underlagt en tilleggsvurdering i vindkraftsaker.

Fagmyndighetene tar utgangspunkt i en verdi- og konfliktvurdering av de ulike virkninger i tråd med vanlig konsekvensutredningsmetode, men grunnet den mer samlede vurdering blir det likevel visse forskjeller. Fagmyndighetene kategoriserer konfliktgradene for de tre undertemaene i en karakterskala fra A til E, hvor karakteren A innebærer «*ingen konflikt*», mens karakteren E innebærer «*svært stor konflikt hvor avbøtende tiltak ikke vil redusere konfliktgraden*».<sup>73</sup> Med utgangspunkt i disse karakterene fastsettes en samlet karakter for vindkraftprosjektets virkninger overfor miljø og kulturminner i området. Det er denne karakteren, samt den nærmere beskrivelse av konflikten, som vil utgjøre et miljømessig supplement i NVEs avgjørelsesgrunnlag.

### 2.5.3 Integrering av miljøhensyn.

Ved innføringen av systemet for den tematiske konfliktvurderingen ble det foretatt en vurdering av 65 meldte og omsøkte vindkraftprosjekter.<sup>74</sup> Resultatet av disse konfliktvurderingene ble deretter sendt ut til høring til berørte kommuner, fylkeskommuner og interesseorganisasjoner. Enkelte høringsinstanser kom imidlertid med kritikk mot selve ordningen og de foreløpige resultatene.<sup>75</sup>

Det første som ble påpekt som kritikkverdig, var at kunnskapsgrunnlaget til fagmyndighetene var mangelfullt. I de fleste tilfeller der konfliktvurderinger ble foretatt, var det ikke ennå blitt utarbeidet noen konsekvensutredning. Dette har medført at vurderingene har blitt gjort på et generelt grunnlag, hvor fagmyndighetene har tatt utgangspunkt i indikative kriterier og basert seg på faglig skjønn. En kan da stille spørsmål

---

<sup>73</sup> Se nærmere om den tematiske konfliktvurdering på [www.nve.no](http://www.nve.no).

<sup>74</sup> Nå foretas den tematiske konfliktvurderingen av omsøkte vindkraftsaker fortløpende etter at tiltakshaver har utstedt melding med forslag til utredningsprogram.

<sup>75</sup> Bl.a. høringsuttalelsen til Landssammenslutningen av Norske Vindkraftkommuner, samt den felles høringsuttalelsen til Zero og Natur og Ungdom.

om i hvilken grad de ulike konfliktvurderingene gjenspeiler realiteten og videre om det da er hensiktsmessig at et slikt vurderingsgrunnlag skal ha innvirkning på NVEs interesseavveining. Et motargument i denne sammenheng er at fagmyndighetene har stor kompetanse, og er kanskje best egnet til å vurdere skadeomfanget innenfor deres respektive fagområder. Videre inneholder resultatdokumentene fagmyndighetenes egen vurdering av kvaliteten på kunnskapsgrunnlaget. Dersom det fremgår av denne at kunnskapsgrunnlaget har vært mangelfullt, kan NVE velge å legge mindre vekt på den tematiske konfliktvurdering.

En annen svakhet som enkelte miljøorganisasjoner mener kan bidra til et skjevt bilde av vindkraftverkernes helhetlige virkninger, er at konfliktvurderingene har vært for ensidig konfliktfokusert. Fagmyndighetene har i sin vurdering sett på negative konsekvenser innenfor temaet *miljø og kulturminner*, men trekker ikke inn positive virkninger som bidrag til kraftforsyning, sysselsetting mv. Som motargument til denne kritikken skal det sies at innføringen av den tematiske konfliktvurderingen ikke tok sikte på en slik vurdering. Mens konfliktvurderingen skal kartlegge de negative konsekvensene, skal NVE veie dem opp mot de fordeler som følger av vindkraftutbyggingen.

En virkning av at de tematiske konfliktvurderingene kun er konfliktfokusert, er imidlertid at det kan gi et skjevt bilde av vindkraftverkernes samlede virkninger. Det er da fare for at konfliktgraden øker med vindkraftverkets størrelsesomfang. En slik skjevhet kom frem i resultatdokumentet av de foretatte konfliktvurderingene, som gjennomgående viser at de små prosjektene kommer bedre ut enn de større i konfliktvurderingen.<sup>76</sup> Dette vil imidlertid gjenspeile virkeligheten ved at negative miljøvirkninger følger kvantitativt med størrelsen på vindkraftverket. Men dersom vindkraftverkets totale bidrag i satsingen på fornybar energiproduksjon trekkes inn, vil de større vindkraftprosjektene i det helhetlige perspektiv komme bedre ut enn de mindre. Det er ut fra et miljøvernperspektiv mer hensiktsmessig at

---

<sup>76</sup> Etter en analyse foretatt av NVE, kom det frem at de vindkraftverk rangert til konfliktgrad D–E er i snitt 82 prosent større enn de rangert A–C. Analysen ble presentert på NVEs vindkraftsseminar holdt på Smøla 6.–8. juni 2006.

det satses på utbygging av få og store vindkraftverk fremfor mange små. De store vindkraftverkene vil følgelig medføre konflikter der de lokaliseres, men ved å samle vindkraftparkene til avgrensede områder vil de totale arealinngrepene bli mindre. Små vindkraftverk vil på sin side være lite energieffektive, og vil i sum ha store landskapsvirkninger.

På denne bakgrunn er det fra flere politiske hold gitt uttrykk for et ønske om få store vindkraftverk fremfor mange små.<sup>77</sup> Dette kommer òg til uttrykk i Miljøverndepartementets Retningslinjer, hvor det legges vekt på hensynet til energieffektivitet og ønsket om lavest mulig miljø- og samfunnskostnader per kWh. Dette tilsier «*en prioritering av større utbygginger konsentrert til avgrensede områder fremfor spredt utbygging av mindre anlegg*».<sup>78</sup> Dersom NVE legger avgjørende vekt på konfliktgradresultatet som har fremkommet av den tematiske konfliktvurderingen, vil små vindkraftverk bli prioritert fremfor de større vindkraftverkene.

#### 2.5.4 Noen sammenfattende betraktninger

Innføringen av tematisk konfliktvurdering bidrar til at ulike miljøhensyn gjennomgår en mer omfattende behandling, enn hva tilfellet ville ha vært uten en slik ordning. En slik særlig fagutredning gir NVE et bredere utredningsgrunnlag når det skal vurderes om et vindkraftverk skal gis konsesjon eller ikke. Videre er det hensiktsmessig ut fra et miljøvernperspektiv at NVE nå gis mulighet til å foreta komparative vurderinger av ulike vindkraftverk, slik at det gis konsesjon til de vindkraftverkene som samlet sett anses som mest akseptable.

Det kan imidlertid spørres om det er behov for en slik tilleggsvurdering, eller om det kun vil føre til ytterligere byråkrati der NVE får enda flere faktorer å forholde seg til.

---

<sup>77</sup> Se bl.a. tidligere Miljøvernministers Knut Arild Hareides uttalelse i pressemelding 25. august 2005.

<sup>78</sup> Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 35.

Etter den forutgående vurdering er det mye som taler for at innføring av en til tider mangelfull konfliktvurdering vil kunne virke mer forvirrende enn avklarende. Dette kan føre til et mer uoversiktlig utredningsgrunnlag, noe som igjen kan svekke forutberegneligheten til de ulike aktører. På den andre siden er fagmyndighetenes vurdering et viktig bidrag til NVEs utredningsgrunnlag. Hvor konsekvensutredningen og høringsuttalelser fra berørte aktører og interesseorganisasjoner kan bære preg av en subjektiv ”vinkling” på konfliktnivået, vil en konfliktvurdering foretatt av offentlige myndigheter være mer nøytral i fremstillingen. Av den grunn er det hensiktsmessig for miljøinteressene i en vindkraftsak at en slik tilleggsutredning foretas.

For at systemet med den tematiske konfliktvurderingen skal fungere som et godt bidrag til NVEs avgjørelsesgrunnlag, må flere forutsetninger falle på plass: For det første må kunnskapsgrunnlaget til de respektive fagmyndighetene styrkes før konfliktvurderingen foretas. En løsning kan for eksempel være at den tematiske konfliktvurdering først foretas etter at tiltakshavers konsekvensutredning er ferdigstilt. For det andre er det nødvendig at det tas inn et størrelsesparameter i vurderingen, slik at det gis et mer korrekt bilde av vindkraftverkets totale virkninger. Men alt i alt kan den tematiske konfliktvurdering sies å være et viktig bidrag til at et vindkraftverks miljøkonflikter blir utredet på en god måte.

## 2.6 En samlet vurdering av energilovens utredningskrav i vindkraftsaker

I ovenstående drøftelse har vi sett at de lovsatte utredningskravene sikrer at NVE gis et omfattende avgjørelsesgrunnlag i vindkraftsaker. Dette skjer særlig gjennom plan- og bygningslovens bestemmelser om konsekvensutredning, samt gjennom den omfattende høringsprosessen. Med utgangspunkt i denne dokumentasjonen, samt bruk av de tematiske konfliktvurderingene, har NVE et godt grunnlag for å vurdere om konsesjon skal innvilges eller avslås. Slik fremmes både en mer korrekt rettsanvendelse og det gis bedre grunnlag for en rettfærdig skjønnsutøvelse. Dette er begge forhold som vil bidra til å fremme rettsikkerheten til de ulike miljøhensyn som utbygging av vindkraftverk kan komme i konflikt med. Drøftelsen i kapittel 2 er derfor tilstrekkelig for å kunne konkludere med at

energiloven sikrer at et vindkraftverks potensielle skadevirkninger overfor miljøhensyn blir grundig kartlagt og integrert i NVEs avgjørelsesgrunnlag før vedtak treffes.

Den massive motstanden og det store konfliktomfanget i vindkraftsaker, skyldes derfor ikke at de potensielle miljøkonsekvensene er for svakt utredet før vedtak treffes. Men at de potensielle miljøkonsekvensene er godt kartlagt, er bare en forutsetning for at miljøhensyn har tilstrekkelig rettssikkerhet i konsesjonsbehandlingen. I tillegg må det foreligge bestemmelser som sikrer at NVE vektlegger de miljøskader som er fremkommet gjennom utredningene. En drøftelse av de lovsatte rammene for NVEs skjønnsvurdering er tema i de to kommende kapitlene.

### 3 Energilovens rammer for NVEs skjønnsvurdering

#### 3.1 Innledning med kapitlets problemstilling

Kapitlets problemstilling er om *energilovens bestemmelser sikrer at det ikke innvilges konsesjon til vindkraftverk som vil medføre store miljøskader*. I hovedsak dreier det seg om en drøftelse av energilovens rettslige rammer, hvor særlig to forhold skal undersøkes: For det første i hvilken grad energiloven sikrer at de dokumenterte miljøhensyn blir vektlagt av NVE. For det andre i hvilken grad energiloven legger føringer for hvilken vekt som skal tillegges miljømessige skadevirkninger.

Med utgangspunkt i de påviste miljøkonsekvensene må NVE foreta en *interesseavveining*, som innebærer at de hensyn som taler for utbygging, må veies mot de hensyn som taler imot. De *prosessuelle krav* til utredningen sier verken noe om kriteriene for denne interesseavveiningen eller det endelige utfallet av saken. At en vindkraftsak er godt opplyst, er derfor ingen garanti for at store dokumenterte miljøskader vil bli utslagsgivende for det endelige resultatet. I tillegg må det foreligge *materielle krav* til saksbehandlingen som sikrer at de dokumenterte miljøskadene blir forsvarlig vurdert og vektlagt av NVE.

Den komplekse sammensetningen av miljøhensyn som NVE står overfor i vindkraftsaker, nødvendiggjør bruk av en viss skjønnsutøvelse i interesseavveiningen. Spørsmålet er hvor vid skjønnsmyndighet som er hensiktsmessig, med tanke på ivaretagelse av miljøinteresser i vindkraftsaker. Det er først når energiloven sikrer at NVE legger utslagsgivende vekt på store miljøskader og dermed avslår konsesjonssøknaden, at man kan tale om tilstrekkelig rettssikkerhet i konsesjonsbehandlingen.

#### 3.2 Konsesjonskriteriet i vindkraftsaker

Før det foretas en drøftelse av kapitlets hovedproblestilling, er det nødvendig å fastslå *konsesjonskriteriet* i vindkraftsaker. Med dette menes hvilken *interesseovervekt* av positive virkninger som må foreligge for at konsesjon kan innvilges. Sett fra andre siden av saken: Hvor omfattende må de dokumenterte miljøskader være for at en konsesjonssøknad skal

avslås? Det er her ikke tale om en drøftelse tilknyttet det enkelte hensyns vekt, men en angivelse av den lovfestede ramme for NVEs *kompetanse* til å innvilge vindkraftverk konsesjon.

I konsesjonsbaserte lover som setter krav om tillatelse for en spesiell virksomhet eller aktivitet, følger undertiden et konsesjonskriterium av den konkrete forbuds- eller tillatelsesbestemmelsen. Et illustrerende eksempel er konsesjonskriteriet i vannkraftsaker angitt i vannressursloven § 25. Det følger av bestemmelsens første ledd at «*[k]onsesjon kan bare gis hvis fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser som blir berørt*». Det kreves dermed overvekt av positive virkninger for at konsesjon kan gis til vannkraftverk. For energilovens del sier forbudsbestemmelsen i § 3-1 at «*[a]nlegg for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi med høy spenning, kan ikke bygges eller drives uten konsesjon*». Ordet «*kan*» retter seg mot tiltakshaver og er ikke en angivelse for NVEs kompetanse til å gi konsesjon. Bestemmelsen setter ingen rettslige kriterier for hvilken grad av interesseovervekt som kreves for at NVE kan gi et vindkraftverk konsesjon. Dette kan tas til inntekt for at lovgiver har overlatt kompetansen til å innvilge vindkraftkonsesjon til NVEs egen hensiktsmessighetsvurdering.<sup>79</sup>

Mangel på holdepunkter for et konsesjonskriterium i energiloven og de tilhørende forarbeider tyder på at lovgiver ikke har vurdert problemstillingen. Dette må iallfall være tilfelle for vindkraftutbygging, som først ble et aktuelt alternativ for kraftproduksjon flere år etter at energiloven ble vedtatt. Det kan derfor drøftes om fastleggelse av konsesjonskriteriet i vindkraftsaker må skje med utgangspunkt i et forvaltningsrettslig *forholdsmessighetsprinsipp*. Prinsippet går ut på at forvaltningskompetanse bare kan benyttes når fordelene ved et vedtak overstiger ulempene. Legger man til grunn et slikt krav om forholdsmessighet i vindkraftsaker, innebærer det at NVE kun har kompetanse til

---

<sup>79</sup> Om slike måter lovbestemmelser uttrykker forvaltningsskjønn på, se Boe 1993 s. 698–699.

å innvilge et vindkraftverk konsesjon, dersom de hensyn som taler for vindkraftutbygging, veier tyngre enn de hensyn som taler imot.

Høyesterett har imidlertid aldri uttrykkelig uttalt at kravet om forholdsmessighet gjelder som et ulovfestet prinsipp. I juridisk litteratur er det uenighet om forholdsmessighetsprinsippet kan oppstilles som en norm av ulovfestet karakter. Et syn er at kravet om forholdsmessighet gjelder som et generelt krav «*til forvaltningen når den vurderer om og på hvilken måte kompetanse skal benyttes*».<sup>80</sup> Et annet syn er at kravet om forholdsmessighet kan gi grunnlag for å prøve de prosessuelle krav til saksbehandlingen er overholdt: «*Forvaltningen må vurdere forholdsmessigheten før vedtak blir truffet*.» Det avvises imidlertid at det i norsk rett finnes «*et generelt krav om forholdsmessighet i vedtakets innhold*».<sup>81</sup> I de til nå avsatte vindkraftsakene har NVE lagt til grunn at det skal foretas en helhetlig vurdering om «*de positive virkningene av et omsøkt vindkraftverk er større enn de negative*».<sup>82</sup> Uten nærmere rettslig forankring legger NVE til grunn et forholdsmessighetskrav om at det må foreligge interesseovervekt av positive virkninger for at et vindkraftverk kan innvilges konsesjon.

Hvilke rettskildefaktorer NVE forankrer sin praksis i, har ikke avgjørende betydning for den videre drøftelse. Det som er viktig for kapitlets hovedproblemstilling, er at det kan konstanteres at NVE har innarbeidet en fast praksis som setter krav om interesseovervekt av positive virkninger for at konsesjon kan innvilges i vindkraftsaker. Konsesjonskriteriet sier imidlertid ingen ting om hvilke hensyn som er relevante for interesseavveiningen og hvilken vekt de ulike hensyn skal tillegges. Spørsmålet som her melder seg, er hva som er avgjørende for om de positive virkningene overstiger de negative i vindkraftsaker. Er kravet om interesseovervekt et rettslig kriterium for NVEs konsesjonskompetanse som domstolene kan overprøve, eller er konsesjonskriteriet en retningslinje for NVEs

---

<sup>80</sup> Graver s. 134–135.

<sup>81</sup> Eckhoff/Smith s. 385–386.

<sup>82</sup> Dette er lagt til grunn i punkt 2.1 i de elleve vindkraftsakene avsagt desember 2006 og februar 2007.

skjønnsvurdering i vindkraftsaker? Svaret vil først og fremst bero på en tolking av bestemmelsene i energiloven.

### 3.3 Holdepunkter i energilovens enkeltbestemmelser

#### 3.3.1 Noen innledende bemerkninger

Energiloven av 1990 introduserte en markedsåpning i energisektoren, som et ledd i en effektivisering av kraftmarkedet. Gjennom lovens konsesjonssystem skulle det imidlertid være en statlig oppgave å regulere den enkelte utbyggingstillatelse, slik at energiforsyningen kunne tilpasses samfunnets behov. Energiloven er utformet med sikte på regulering av en rekke tiltak, og på denne måten er lovbestemmelsene meget generelt utformet. Det er ikke uvanlig at lover som gir forvaltningen hjemmel til å regulere miljøskadelig virksomhet, favner vidt. Slik lovgivningsteknikk er i tråd med norsk miljørett generelt, noe juridisk teori betegner som et rettsområde «*preget av offentligrettslige regler i form av rammelover og et omfattende forskriftsverk*».<sup>83</sup> Som det skal vises, medfører dette at energiloven ikke inneholder bestemmelser som konkret knytter seg til de rettsspørsmål som særlig gjør seg gjeldende i vindkraftsaker. Mangel på et lovsatt konsesjonskriterium er et illustrerende eksempel.

Myndighet utledet av en lov som favner over et stort rettsområde og omhandler regulering av en rekke tiltak, medfører at NVE er gitt en omfattende fullmakt til å foreta egne vurderinger i vindkraftsaker. Spørsmålet som melder seg, er hvor strenge rammer som oppstilles av energiloven mht. denne skjønnsvurderingen. Med andre ord, når NVE skal vurdere om et vindkraftverks positive virkninger er større enn de negative, hvor fritt står de mht. valget av hvilke hensyn som skal trekkes inn i vurderingen, herunder hvilken vekt disse skal tillegges?

---

<sup>83</sup> Bugge 2006 s. 79.

Lover som gir forvaltningen fullmakt til å tillate eller nekte en konkret virksomhet, inneholder undertiden bestemmelser som oppstiller rammene for hvilke hensyn som skal inngå i interesseavveiningen. Et eksempel finner man i jordlova § 9, som omhandler dispensasjon for omdisponeringstiltak av dyrkbar jord. Etter bestemmelsen andre ledd annet punktum pålegges forvaltningen å ta hensyn til «*godkjende planar etter plan- og bygningslova, drifts- eller miljømessige ulemper for landbruket i området, kulturlandskapet og det samfunnsgagnet ei omdisponering vil gi*». Energiloven § 3-1, som setter konsesjonsplikt for energiproduserende anlegg, gir som tidligere påpekt ingen nærmere retningslinjer for hvilken vurdering som skal foretas og skjønnskriteriene for denne.

I det tilfelle hvor den konkrete kompetansebestemmelse angir hvilke hensyn som skal inngå i interesseavveiningen, vil rammene for beslutningsmyndighetens interesseavveining være fastsatt. Slik lovgivningsteknikk vil styrke de berørte interessers rettslige vern i saksbehandlingen. For det første vil forvaltningen være forpliktet til å trekke inn og vektlegge skadevirkningene overfor de opplistede hensyn. Dette vil også gi domstolene mulighet til å kontrollere om beslutningsmyndigheten utøver saklig skjønnsutøvelse. For det andre gis det retningslinjer for hvilke hensyn som lovgiver ønskes prioritert når forvaltningen skal vurdere om kompetansen skal brukes. På den andre siden kan oppstilling av relevante hensyn medføre at andre hensyn som melder seg i enkeltsaker, og som ikke er inntatt i loven, blir mindre prioritert. I energiloven, som skal gjelde for en rekke tiltak, har derfor lovgiver fastsatt rammene for interesseavveiningen på generelt grunnlag i lovens formålsparagraf.

### 3.3.2 Energiloven formålsparagraf

#### 3.3.2.1 Noen innledende bemerkninger

Formålsparagrafen i energiloven er inntatt i lovens § 1-2 og lyder som følger:

*«Loven skal sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte,*

*herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt.»*

Lovgiver har satt opp to hovedformål ved anvendelse av loven. For det første skal loven sikre at energiforvaltning skjer på en *samfunnsmessig rasjonell måte*. For det andre skal denne samfunnsgagnlige energiforvaltningen skje under hensyntagen til de *allmenne og private interesser* som berøres. Det at rammene for NVEs vurdering er oppstilt i formålsparagrafen, innebærer at denne bestemmelsen er den viktigste rettskilde når det skal drøftes hvilke hensyn som er relevante for NVEs interesseavveining, herunder hvilken vekt de ulike hensyn skal tillegges.

Når det gjelder formålsparagrafers tyngde som rettskildefaktor, knytter det seg en viss usikkerhet til hvorvidt slike bestemmelser kan sette en skranke for forvaltningens vedtakskompetanse. Det er på en side klart at det ikke kan sluttet konkrete rettsplikter fra en formålsparagraf, slik at et ugyldighetskrav ikke alene kan anføres med påstand om brudd på en lovs formålsparagraf. Men innholdet av formålsparagrafer gir uttrykk for lovgivers intensjoner med lovvedtaket, noe som følgelig vil være en relevant faktor for fastleggelsen av de lovsatte rammer for forvaltningens plikter og kompetanse etter hjemmelsgrunnlaget.<sup>84</sup> Dette innebærer at domstolene kan anvende en lovs formålsparagraf, og prøve om skjønnsutøvelsen som utøves med hjemmel i lovens øvrige bestemmelser, går utenfor den kompetanse forvaltningsorganet er gitt i medhold av formålsparagrafen.

### 3.3.2.2 En samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning

Det første spørsmålet er om termen ”samfunnsmessig rasjonell” innebærer normfastsetting for hvilke hensyn som er saklige og pliktige å ta i betraktning i interesseavveiningen? En språklig forståelse tilsier at det er tale om en forvaltning som medfører størst mulig grad av

---

<sup>84</sup> Se bl.a. Eckhoff s. 113 og Backer 2002 s. 37.

positive virkninger for samfunnet som helhet. Hensyn som typisk gjør seg gjeldende i vindkraftsaker, er hvor stor kraftproduksjon anlegget vil bidra med, og i hvilken grad dette vil styrke forsyningssikkerheten i det aktuelle området.

Forarbeidene til energiloven sier på sin side lite om hva som ligger i ordlyden, men understreker at «[h]ovedmålsettingen for loven vil være å ivareta hensynet til riktig ressursbruk i produksjon og fordeling av energi».<sup>85</sup> Hva som vil være riktig ressursbruk, gir imidlertid ikke nærmere svar på hva som er samfunnsmessig rasjonelt, men viser at vurderingen må knyttes til de ressurser som anlegget krever for å produsere kraft. For vindkraftverk er det først og fremst vind som er ressursgrunnlaget for kraftproduksjonen. Men man må også trekke inn de ressurser som er nødvendig for å bygge ut vindkraftverket, og da vil de miljøinteresser tilknyttet arealinngrepet også være relevante hensyn når NVE skal vurdere hva som vil være *riktig ressursbruk*.

Formålsparagrafens begrepsbruk åpner videre for at det politiske ønsket om økt satsing på fornybare energikilder kan vektlegges. Utbygging av vindkraftverk vil være samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning i den forstand at kraftproduksjonen skjer uten CO<sub>2</sub>-utslipp, og videre ved at man kan sikre kraftforsyningen uten at det bygges ut flere vannkraftverk. NVE kan derfor trekke inn de politiske målsettingene om økt vindkraftproduksjon som et moment som taler for innvilgelse av konsesjon i den enkelte vindkraftsak. Dette ser vi også er tilfelle i praksis hvor samtlige av de ti siste konsesjonsvedtakene begrunnes med at vindkraftverket «*vil være med på å bidra til at Regjeringens langsiktige målsetting om 30 TWh ny fornybar energi og energieffektivisering kan oppfylles*».<sup>86</sup>

Siden lovanvendelsen skal ta sikte på en samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning, åpnes det også for at andre hensyn enn de rent energimessige kan trekkes inn som argumenter for

---

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 83.

<sup>86</sup> Jf. konklusjonen i samtlige konsesjonsvedtak avsagt i desember 2006 og februar 2007.

utbygging. I de senest avsagte vindkraftsakene kan man se at NVE bl.a. trekker inn virkninger overfor landskapet, reiselivet og friluftslivet som fordeler ved vedtaket. Det uttales bl.a.: «*Vindkraftverket kan oppfattes som et positivt element i landskapet og fremstå som arkitektoniske monumenter, symboler på produksjon av ren fornybar energi og på økt aktivitet.*»<sup>87</sup> Ut fra høringsuttalelsene kan det virke som det kun er NVE som har denne oppfatningen av vindkraftverks virkning for landskapet. Dette illustrerer at formålsparagrafen åpner for at NVE kan legge vekt på en rekke hensyn i vurderingen av hva som er samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning.

Etter formålsparagrafen plikter NVE å vektlegge virkningene overfor de allmenne og private interesser som blir berørt. Terminologien ”allmenne og private interesser” favner vidt, noe som tilsier at enhver interesse som blir berørt av en vindkraftutbygging, vil være pliktig å ta i betraktning. Det er på det rene at *miljøhensyn* omfattes av bestemmelsen, noe som også presiseres i forarbeidene.<sup>88</sup> Her fremgår det videre at under allmenne hensyn hører bl.a. virkningene overfor vitenskap, kultur, naturvern, friluftsliv, landskap og fugletrekk. Videre understrekes det også at virkningene overfor næringsinteresser, samt det berørte lokalsamfunn og kommuner også inkluderes av ordlyden.<sup>89</sup> Dette innebærer for første at NVE plikter å vurdere enhver miljømessig skadevirkning som kan følge av vindkraftutbyggingen. For det andre må også vindkraftverkets forhold til de gjeldende arealplaner vurderes.<sup>90</sup>

Manglende overholdelse av denne plikten er gjenstand for domstolskontroll etter det alminnelige sakslighetsprinsippet i forvaltningsretten. Dersom NVE eksempelvis har unnlatt å vurdere en miljøinteresse som er påvist som skadeutsatt i saksutredningen, er dette en feil ved vedtaket som kan føre ugyldighet. Til tross for den vide utformingen av

---

<sup>87</sup> Dette er en standardisert formulering innatt i samtlige konsesjonsvedtak avsagt i desember 2006 og februar 2007.

<sup>88</sup> Jf. Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 84.

<sup>89</sup> I.c.

<sup>90</sup> Se kap. 5.2.3.

energilovens formålsparagraf, gir den uttrykk for en verdiriktighet som til en viss grad ivaretar miljøinteressenes rettssikkerhet i materiell forstand.

### 3.3.2.3 Rammene for NVEs vektlegging av de relevante hensyn

Til nå har det fremkommet at energilovens formålsparagraf sikrer at de potensielle miljøskader som et vindkraftverk kan medføre, blir underlagt vurdering av NVE. Rammene for interesseavveiningen er dermed oppstilt, og NVE kan med dette utgangspunktet vurdere om de positive virkningene som vil følge av vindkraftutbyggingen, overstiger de negative. Spørsmålet som da melder seg, er om formålsparagrafen legger normativ føring på NVEs vektlegging av de ulike hensyn, eller om dette er overlatt til NVEs skjønn.

Som et utgangspunkt kan det sies at begrepsbruken i formålsparagrafen er svært vag. Ved at lovgiver har satt et krav om «*samfunnsmessig rasjonell*» energiforvaltning, legges det opp til en interesseavveining som krever et bredt faglig skjønn. Vekten som skal tillegges de ulike hensyn, vil bl.a. bero på den til enhver tid gjeldende kraftsituasjon, samt hvor nær NVE er å oppnå den politiske utbyggingsmålsettingen. Valget av et slikt faglig skjønnsbegrep kan tas til inntekt for at lovgiver har overlatt subsumsjonen til NVEs vurdering av hva som er samfunnsgagnlig energiforvaltning. Dette fremfor å fastsette strenge kriterier for vektleggingen av de relevante hensyn. Det kan allikevel utledes enkelte retningslinjer for denne skjønnsvurderingen av formålsparagrafens utforming.

Når det gjelder vekten som skal tillegges de negative virkninger ovenfor miljøinteresser som blir berørt, sier formålsparagrafen at slike skal det *tas hensyn til*. Det gis her uttrykk for at miljøvirkningene er et *subsidiært* hensyn i vurderingen. Dette samsvarer med forarbeidene som trekker i retning av at miljøhensyn kommer i annen rekke ved NVEs interesseavveining. Her understrekes det at «*miljøhensyn vil bli tatt vare på gjennom konsesjonsvilkår og påvirkning av de økonomiske rammene for virksomheten*».<sup>91</sup> Men

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 23.

loven inneholder ingen begrensning mht. hvor stor vekt som kan tillegges miljøskadene. Dermed åpnes det for at store miljøskader kan tillegges utslagsgivende vekt. Dette må også gjelde dersom det er tale om store skadevirkninger overfor én konkret miljøinteresse. Vil for eksempel vindkraftutbyggingen medføre store skadevirkninger overfor de ornitologiske kvaliteter i planområdet, kan dette være nok til at NVE avslår en konsesjonssøknad. Selv om virkningene et kraftanlegg vil ha for fuglelivet ligger på siden av det hovedformål som energiloven skal ivareta, er det slått fast i rettspraksis at sektororganer kan legges utslagsgivende vekt på sideordnede hensyn.<sup>92</sup> At det eksisterer et strengt spesialitetsprinsipp, er avvist i juridisk teori, særlig innenfor miljøforvaltningen.<sup>93</sup>

En problemstilling som er høyst aktuell ved vindkraftutbygging, gjelder der det foreligger stort konfliktpotensial med en rekke miljøhensyn, men hvor de enkelte konfliktgradene alene ikke er utslagsgivende for konsesjonsavslag etter NVEs vurdering. I forlengelsen av den overordnede drøftelse kan det spørres om energiloven sikrer at samlede miljøvirkninger gis utslagsgivende vekt for et konsesjonsavslag. Juridisk teori viser i denne sammenheng til at det lovteknisk sett er meget vanskelig å bygge inn det samlede bildet av årsaker og virkninger i et lov- og forvaltningssystem som er basert på avgrensede formål og oppgaver.<sup>94</sup> Dette må spesielt være tilfellet for vindkraftsaker, med den komplekse sammensetningen av virkninger en utbygging kan medføre. Energiloven gir ingen nærmere retningslinjer for NVEs skjønnsvurdering ved kumulative miljøvirkninger. Også denne vurderingen er overlatt til NVEs skjønn, slik at det ikke gis noen garanti i energiloven om at miljøvirkningers samlede vekt blir utslagsgivende.

Om miljøskadende som vindkraftverket vil medføre, veier tyngre enn de positive virkningene, vil dermed bero på den helhetlige vurderingen av hva som anses som samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning. Dette innebærer at det først og fremst er

---

<sup>92</sup> Prejudikatet er Rt. 1993 s. 528 – *Lunner pukkverk*. Dommen er kommentert av Backer 2002 s. 222 flg., Graver s. 126–130 og Bugge 2006 s. 168 og 175–177.

<sup>93</sup> Se Graver s. 126, Backer 2002 s. 127 og Bugge 2006 s. 67. Mer beskjedent er Eckhoff/Smith s. 353.

<sup>94</sup> Jf. Bugge 2006 s. 67.

energihensyn som er avgjørende for om vindkraftverket skal innvilges konsesjon eller ikke. Loven gir NVE adgang til å legge vesentlig vekt på den kraftproduksjon som vindkraftverket vil bidra med. Videre vil også vindkraftverkets bidrag til å oppnå de politiske utbyggingsmålene kunne gis betydelig vekt av NVE. Dette innebærer at vekten av miljøskadevirkninger vil fastsettes ut fra krafthensyn og hvor vesentlig vindkraftverket bidrar til å oppnå politiske utbyggingsmål. At NVE gir uttrykk for at vindkraftverk vil fremstå som arkitektoniske momenter med positive landskapsvirkninger, gir grunn til å hevde at det skjønnsom NVE skal utøve, i utgangspunktet er farget.

I dagens situasjon, hvor kraftbehovet anses som meget stort, og hvor klimatiltak er ansett som meget viktig, vil følgelig de negative miljøkonsekvensene tillegges mindre vekt enn hva som hadde vært tilfellet dersom kraft- og klimasituasjonen hadde vært en annen. Dette viser at NVEs vurdering av hva som er samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning, i stor grad beror på den politiske situasjon som råder når NVE foretar en konsesjonsbehandling. Selv om domstolene i utgangspunktet kan prøve NVEs anvendelse av formålsparagrafens på de faktiske skadevirkningene i en konkret vindkraftsak, vil trolig domstolene unnlate å overprøve subsumsjonen. I Rt. 1995 s. 1427, som gjaldt en omstrid fredning av to vann, uttalte Høyesteretts flertall (4-1) at: «domstolene bør være tilbakeholdende med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak».<sup>95</sup> Domstolenes prøvelseskompetanse i vindkraftsaker er derfor begrenset til å kontrollere om NVE holder seg innenfor energilovens rammer ved skjønnsutøvelsen. Når loven legger opp til en vurdering som preges av dynamiske og politiske forhold, vil den endelige vektleggingen ligge hos NVEs skjønn.

### 3.3.3 En samlet vurdering

At energiloven åpner for at NVE kan trekke inn klimahensyn, samt hensynet til å forflytte kraftsatsingen bort fra ytterligere vannkraftutbygging, medfører at NVE kan begrunne en

---

<sup>95</sup> Rt. 1995 s. 1427 (på s. 1433) – *Naturfredningsdommen*.

vindkraftkonsesjon ut fra de positive virkninger som utbyggingen vil ha for miljøet. Å vise til miljøhensyn som argument for en konsesjon gjør det mer forsvarlig å tillate en utbygging. Slik energiloven er utformet, kan det derfor være samfunnsmessig rasjonelt å gi konsesjon til et vindkraftverk som kan ha store miljømessige skadevirkninger. At konsesjon til kraftanlegg som produserer fornybar energi kan forsvares ut i fra miljøhensyn, innebærer en vesentlig svekkelse av rettsikkerheten til de miljøinteressene som blir skadelidende ved slik utbygging.

At avgjørelsen om en vindkraftutbygging medfører akseptable miljøskader er lagt til NVEs skjønn, og at domstolene mest sannsynlig vil unnlate å overprøve vurderingen, svekker rettsikkerheten til de miljøinteressene som står i fare for å bli skadelidende av en vindkraftutbygging. Mangel på bestemmelser som oppstiller kriterier for skjønnsutøvelsen, medfører at det ikke foreligger noen garanti for at vindkraftverk som medfører store miljøskader får konsesjonsavslag. Energiloven mangler materielle krav som sikrer at NVE legger utslagsgivende vekt på store miljøskader, noe som også ville gjort subsumsjonen mer egnet for domstolskontroll. Domstolene kan imidlertid kontrollere om NVE har holdt seg innenfor energilovens rammer når det gjelder hvilke hensyn som er vektlagt, og videre om de skadevirkninger som påføres de private og allmenne interessene er behandlet. Dersom det er dokumentert store miljøskader i saksutredningen, vil dette også stille strengere krav til begrunnelsen av et konsesjonsvedtak. Det er derfor av vesentlig betydning om NVE fritt kan velge hvilke deler av utredningsgrunnlaget de skal legge til grunn i interesseavveiningen. Dette drøftes i det følgende.

### 3.4 Forholdet til de dokumenterte miljøkonsekvensene

#### 3.4.1 Noen innledende bemerkninger

I det forutgående fremgikk det at subsumsjonen av fakta under termen ”samfunnsmessig rasjonell” energiforvaltning, er overlatt til NVEs skjønn. Men selv om resultatet av interesseavveiningen beror på NVEs egen vurdering, plikter NVE å bygge sin interesseavveining på den konfliktdokumentasjon som er fremkommet gjennom

saksutredningen. En viktig del av den alminnelige domsstolsprøvelse går ut på å kontrollere om forvaltningen har bygd på korrekt faktagrunnlag.<sup>96</sup> Undertiden, og ikke spesielt sjelden, vil imidlertid konsekvensutredningens konflikt dokumentasjon vise til mindre omfattende miljøkonsekvenser enn hva som fremgår av høringsuttalelsene og den tematiske konfliktvurderingen. Et spørsmål som da melder seg, er om energiloven setter krav til hvilke deler av utredningsgrunnlaget NVE skal legge til grunn, når skadeomfanget som vindkraftverket vil medføre, skal vurderes. I det følgende skal det drøftes om energiloven inneholder rettslige virkemidler som sikrer at NVE bygger på *korrekte fakta* ved en konsesjonsavgjørelse.

#### 3.4.2 Utgangspunktet for NVEs vurdering av utredningsgrunnlaget

Hva som vil være korrekte fakta i en vindkraftsak, vil i praksis aldri kunne fastslås helt sikkert. Dette har sin forklaring i at vindkraftverkets virkelige skadeomfang først vil vise seg etter at det har vært i drift over en lengre periode. Men det er av vesentlig betydning for rettssikkerheten til de berørte miljøinteresser at de fakta som NVE legger til grunn, i størst mulig grad samsvarer med det virkelige skadepotensialet som vindkraftverket innehar.

Her oppstår det et skille mellom de opplysninger som klart kan dokumenteres, og dem som beror på antagelser og skjønn. For eksempel vil omfanget av truede fuglearter som befinner seg i det planlagte utbyggingsområdet, være et forhold som kan fastslås som sikkert.

Annerledes stiller det seg når det er tale om verdivurderinger og fastsettelse av konfliktgraden for vindkraftverkets skadevirkninger overfor fugleartene i området. Som nevnt innledningsvis i avhandlingen er dette typisk for vindkraftsaker hvor fastsettelse av de ulike konfliktgradene bærer preg av antagelser som kan variere ut i fra *øynene som ser*.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Se f.eks. Graver s. 269.

<sup>97</sup> Se mer om skillet i Boe 1993 s. 761.

Når det er uenighet mellom de ulike utredningsaktører, må NVE foreta en vurdering av holdbarheten til den innkomne konfliktdokumentasjon. Domsstolene kan ikke overprøve NVEs skjønsmessige bevisvurdering av fakta, kun grunnlaget et slikt skjønn er basert på. I forvaltningsretten er det et krav om *sannsynlighetsovervekt* for at beslutningsmyndigheten kan legge de utredede opplysninger til grunn som faktum.<sup>98</sup> For NVE følger et utgangspunkt for denne vurderingen av enl.for. § 2-2, som sier at tildeling av konsesjon skal skje «*på grunnlag av objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier*». NVE må altså på en objektiv måte vurdere hvilken konfliktdokumentasjon som mest sannsynlig stemmer med det potensielle skadeomfanget.

Kravet om korrekte fakta har også betydning for begrunnelsesplikten til NVE. Etter fvl. § 24 skal enkeltvedtak begrunnes, og etter fvl. § 25 plikter NVE å «*nevne de faktiske forhold vedtaket bygger på*». Dette gjør det enklere å kontrollere hvilke opplysninger NVE bygger sitt vedtak på. Dersom NVE faller ned på at et vindkraftverk medfører overvekt av positive virkninger, til tross for at en tematisk konfliktvurdering viser til omfattende miljøkonsekvenser, må NVE begrunne hvordan og hvorfor de samfunnsgagnlige hensyn veier tyngre enn det dokumenterte skadeomfanget. Men dersom NVE i et slikt tilfelle uten videre kan legge til grunn tiltakshavers konsekvensutredning som viser til et mindre skadeomfang, vil en konsesjon lettere kunne forsvares. Spørsmålet som her melder seg, er om energiloven legger føring for hvilke deler av utredningsgrunnlaget som et konsesjonsvedtak skal bygge på.

### 3.4.3 Forholdet til Konsekvensutredningen og høringsuttalelsene

Energiloven inneholder ingen bestemmelser som direkte pålegger NVE å legge til grunn den konfliktdokumentasjon som er fremkommet gjennom tiltakshavers konsekvensutredning. I KU-forskriften § 11 heter det imidlertid at «*tillatelsesmyndigheten skal ved behandlingen av og avgjørelsen i saken ta hensyn til konsekvensutredningen og*

---

<sup>98</sup> Se Eckhoff/Smith s. 388.

*uttalelsene til denne*». Her gis klart uttrykk for at NVE plikter å vurdere de miljøkonsekvenser som har fremkommet gjennom både konsekvensutredningen og høringsuttalelsene. Men forskriftsbestemmelsen legger neppe noen føring på NVEs interesseavveining, og den sier lite om hva NVE skal legge til grunn som faktum. Men en viss sikkerhetsgaranti følger av bestemmelsens annet ledd; den setter krav om at det i saksfremlegget skal vises til hvordan virkningene av *«søknaden med konsekvensutredning og innkomne uttalelser er vurdert, og hvilken betydning disse er tillagt»*. Dette gjør det lettere å kontrollere om NVE overholder plikten til å trekke inn de berørte miljøinteressene i sin vurdering. Dette illustrer for øvrig hvordan en prosessuell bestemmelse kan brukes som et virkemiddel for å fremme rettssikkerhet i miljøretten.

Som det ble vist til i kapittel 2.3.4, stiller energiloven § 2-1 krav om at søknaden med den tilhørende konsekvensutredningen *«skal gi de opplysninger som er nødvendig for å vurdere om tillatelse bør gis»*. Dette kan tas til inntekt for at lovgiver har ansett konsekvensutredningen som den dokumentasjon som NVE skal bygge sin vurdering på. Men dette kan allikevel ikke bety at NVE utelukkende kan legge til grunn de dokumenterte interessekonfliktene som faktum i saken. Utredningsansvaret og kravet om bygge på korrekte fakta ligger hos NVE, og dersom NVE avsier vedtak på bakgrunn av en mangelfull konsekvensutredning, kan det føre til at konsesjonsvedtaket tilsidesettes som ugyldig. Men dersom NVE på en forsvarlig måte kommer til at det foreligger overveiende sannsynlighet for at konsekvensutredningens innhold viser det riktige konfliktomfanget, kan denne legges til grunn som faktum i saken.

### 3.4.4 Forholdet til den tematiske konfliktvurderingen

#### 3.4.4.1 Noen innledende bemerkninger

Energiloven ble vedtatt lenge før den tematiske konfliktvurdering ble innført som tilleggsutredning i vindkraftsaker. Selv om energiloven gir uttrykk for at konsekvensutredningen skal være den konfliktdokumentasjonen som skal legges til grunn av NVE, kan det spørres om innføringen av den tematiske konfliktvurderingen endrer dette

utgangspunktet. Spørsmålet som skal drøftes, er om fagmyndighetens konfliktgradvurdering legger rettslig føring på NVEs interesseavveining. Problemstillingen reises grunnet en utviklingstrend i de senest avsatte vindkraftsakene. I flere konsesjonssaker foreligger det nærmest motstrid mellom den konfliktvurdering som fagmyndighetene viser til, og den konfliktvurdering NVE legger til grunn.

Som det fremgikk av kapittel 2.5, bidrar den tematiske konfliktvurdering til at miljøkonsekvenser blir bedre utredet og integrert i avgjørelsesgrunnlaget til NVE. Vurderingene foretas av fagmyndigheter som har stor kompetanse innenfor sitt fagfelt, og som er bedre egnet enn NVE til å vurdere skadevirkninger mht. tema *naturmiljø*, *kulturmiljø* og *landskap*. Et spørsmål er da hvordan NVE kan legge til grunn andre og motstridende vurderinger enn fagmyndighetene. For å gi et bilde av problemstillingens aktualitet skal det vises til to eksempler fra nylig avsatte vindkraftsaker.

#### 3.4.4.2 To eksempler fra nylig avsatte vindkraftsaker

Det første eksempelet er hentet fra vindkraftverket Nygårdsfjellet trinn II i Narvik kommune. Den største interessekonflikten i denne saken knyttet seg til restene av en tysk fangeleier fra 2.verdenskrig på Øvre Jernvann, 1,9 kilometer fra vindparkens planlagte lokalisering. Til tross for avstanden fra krigsminnet til det planlagte vindkraftverket, vil vindturbinene være godt synlige og hørbare. Det store stridstemaet i saken knyttet seg til *hvor skjemmende* en vindkraftutbygging ville være for opplevelsesverdien av fangeleieren.

Riksantikvaren foretok en vurdering av fangeleierens kulturminneverdi, og videre en vurdering vedrørende hvor stor negativ virkning en vindkraftutbygging vil ha for opplevelsesverdien av fangeleieren. Riksantikvaren falt ned på at vindkraftutbyggingen kunne fastsettes til konfliktgradkarakter E, som innebærer svært stor konflikt og hvor avbøtende tiltak ikke vil kunne redusere konfliktgraden. Riksantikvaren uttalte i denne forbindelse:

«[v]indkraftanlegget vil være særlig eksponert mot denne leiren, og være et forstyrrende element i opplevelse og formidling av den tragiske historien som har utspilt seg her. Trinn II er planlagt nærmere Øvre Jernvann og leiren, og vil forsterke vesentlig den negative visuelle virkningen for dette kulturmiljøet.»<sup>99</sup>

Tiltakshaver vurderte også verdien av krigsminnet, samt skadeomfanget vindkraftutbyggingen vil medføre, i konsekvensutredningen. Her fremgår det at verdien av fangeleieren som kulturminne er stor, men at vindkraftutbyggingen vil ha «*små til middels negative konsekvenser*».<sup>100</sup>

I konsesjonsvedtaket konstanter NVE at det er faglig uenighet mellom konsekvensutredningen og den tematiske konfliktvurdering mht. virkningen vindkraftverket vil ha for fangeleieren. NVE foretar en egen vurdering og kommer til at virkningen er akseptabel med følgende begrunnelse: «*Det er imidlertid NVE sin oppfatning at på ca 1.9 km avstand, fra det ovennevnte krigsminnet, vil ikke tiltaket fremstå som utilbørlig skjemmende.*»<sup>101</sup> Vi kan her se at NVE legger til grunn en vesentlig mindre skadevirkning overfor krigsminnet enn hva Riksantikvaren gir uttrykk for.

Det andre eksempelet er hentet fra Lista vindkraftverk i Farsund kommune. I den tematiske konfliktvurderingen ble vindkraftverket også her gitt karakteren E som en samlet vurdering på temaene *naturmiljø, kulturminner og landskap*. I fagutredningens begrunnelse ble det sagt følgende: «*Svært stor konflikt med områder av nasjonal betydning for kulturminner og kulturmiljøer og inngrep i særegent landskap i norsk sammenheng. Visuell konflikt og mulighet for direkte inngrep.*»<sup>102</sup> Også i dette tilfellet ga konsekvensutredningen uttrykk for en vesentlig mindre konfliktgrad overfor miljøvirkningene enn hva fagmyndighetene viste

---

<sup>99</sup> Gjengitt i konsesjonsvedtaket til Nygårdsfjellet trinn II s. 22.

<sup>100</sup> Konsekvensutredningen til Nygårdsfjellet trinn II s. 38.

<sup>101</sup> Konsesjonsvedtaket til Nygårdsfjellet trinn II s. 34.

<sup>102</sup> Gjengitt i konsesjonsvedtaket til Lista vindkraftverk s. 38.

til. NVE kommer på sin side til at virkningene er «*moderate og akseptable*» og begrunnet sitt syn med bl.a. avstanden fra miljøinteressene til vindturbinene.<sup>103</sup>

#### 3.4.4.3 Har NVE rettslig adgang til å si seg uenig med fagforvaltningen?

I begge eksemplene ser man at NVE stort sett legger til grunn den samme konfliktvurderingen som følger av konsekvensutredningen, og dermed forkastes fagmyndighetenes vurdering av miljøverdier og konfliktgrader. Ved at NVE neglisjerer fagmyndighetenes konfliktvurderinger, legges det også til grunn at vindkraftverket har vesentlig mindre skadevirkninger når dette skal avveies mot de samfunnsnyttige fordelene. Spørsmålet som da melder seg, er hvordan NVE kan si seg uenig med fagmyndighetenes vurdering, når det er tale om et utredningstema som i utgangspunktet ligger på siden av det forvaltningsområde NVE innehar som et energidirektorat. Fra en juridisk synsvinkel kan dette utformes som et spørsmål om fagmyndighetenes vurdering av miljøverdier og konfliktgrader uten videre skal legges til grunn som faktum i saken.

I rettspraksis er det lagt til grunn at en beslutningsmyndighet rettslig sett har adgang til å prioritere annerledes enn fagmyndighetene. Et eksempel finner man i Rt. 1972 s. 578.<sup>104</sup> Dommen gjaldt et midlertidig delingsforbud, som var vedtatt av bygningsrådet med begrunnelse i jordbrukshensyn. Den ankende part hevdet forgivevis at vedtaket måtte anses som ugyldig, bl.a. fordi jordbruksmessige hensyn lå under landbruksmyndighetene, som hadde godkjent fradelingen. Høyesterett sluttet seg til de tidligere instanser og godtok at bygningsrådet hadde kompetanse til å begrunne vedtaket i jordbrukshensyn. Høyesterett falt ned på et slikt resultat til tross for at det var landbruksdepartementet som etter jordloven hadde hovedansvaret for omdisponering av landbruksarealer.<sup>105</sup> Selv om dommen gjaldt et vedtak som falt ut til fordel for de interesser som fagmyndighetene skulle ivareta, endres ikke sakens prinsipielle virkning for vår problemstilling.

---

<sup>103</sup> *ibid.* s. 46–55.

<sup>104</sup> Slik også Rt. 1962 s. 530.

<sup>105</sup> Se Rt. 1972 s. 578 (på s. 582).

På bakgrunn av dommen kan det slutes at det ikke er noe rettslig hinder for at NVE i sin vurdering av fakta, kan legge til grunn en annen konfliktgrad og verdivurdering enn det fagmyndighetene har gitt uttrykk for. Dette må iallfall gjelde hvor den lov som vedtakskompetansen utledes fra, ikke inneholder begrensninger i slikt henseende. Dette medfører at NVE i sin vurdering av hvilket utredningsgrunnlag som mest sannsynlig samsvarer det virkelige skadeomfanget, har adgang til å legge sine egne synspunkter til grunn. Dette selv om en slik vurdering innebærer at NVE strekker seg langt inn i de forvaltningsområder som særskilte organer er satt til å ivareta gjennom annet lovverk. Men i tilfeller hvor NVE forkaster fagmyndighetenes vurderinger, burde det stilles strenge krav til begrunnelsen. NVE burde vise til hvorfor de anser konsekvensutredningens konflikt dokumentasjon som mer sannsynlig enn fagutredningens konfliktvurdering.

Vindkraftsakene som ble behandlet i forrige avsnitt, inneholder ingen begrunnelse på hvorfor NVE legger til grunn en annen verdi- og konfliktvurdering enn hva fagmyndighetene gjør. Dette kan forklares med at verken energiloven eller de tilhørende forskrifter inneholder krav til NVEs behandling av den tematiske konfliktvurdering. Vi så ovenfor at KU-forskriften § 11 pålegger NVE å vise til hvordan de ulike hensyn er vurdert. Men forskriftsbestemmelsen knytter seg til konsekvensutredningen og høringsuttalelsene til denne. Dette kan ikke tas til inntekt for at en slik plikt også foreligger mht. den tematiske konfliktvurdering, som utarbeides før konsekvensutredningen foreligger. Det kan derfor konstanteres at det ikke foreligger rettslige virkemidler som sikrer at den konflikt dokumentasjon som fremkommer av den tematiske konfliktvurdering, blir vurdert og vektlagt av NVE.

#### 3.4.5 Noen sammenfattende betraktninger

Drøftelsen over viser at energiloven gir NVE et stort spillerom mht. hvilke deler av utredningsgrunnlaget som kan legges til grunn som fakta i saken. Dette medfører at de ulike konfliktvurderingene vil fremstå som et koldtbord, hvor NVE fritt kan velge ut hvilke opplysninger de skal anvende, når sakens fakta skal subsumeres under hva som er

samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning. Med tanke på at NVE er gitt ansvar for å oppfylle store politiske utbyggingsmål, er det fare for at NVE vil se hen til de konfliktvurderinger som viser til det minst omfattende skadeomfanget. Som NVEs praksis viser, er dette som regel den konfliktdokumentasjon som fremgår av konsekvensutredningen.<sup>106</sup>

Siden de ulike utredningsgrunnlagene kan være preget av subjektive eller mangelfulle fremstillinger, er det imidlertid viktig at NVE kan foreta en selvstendig vurdering av holdbarheten til konfliktdokumentasjonen. Et av hovedformålene med utredninger fra forskjellige aktører er at dette gir et best mulig helhetlig bilde av de faktiske konsekvensene. Dette bidrar til at saken blir så godt opplyst som mulig, noe som sikrer at utredningskravet i fvl. § 17 blir oppfylt. Når NVE først er gitt fullmakt til å gi vindkraftverk konsesjon, er det også nødvendig at NVEs kompetanse rekker lenger enn til å vurdere de energirettede virkningene av et vindkraftverk. For å vurdere hva som vil være best for samfunnet som helhet, må NVE også vurdere miljøkonsekvensene. Men det kan stilles tvil om NVE innehar den faglige kompetanse til å foreta vurderinger som krever miljøfaglig bakgrunn. Eksempelet fra Nygårdsfjellet trinn II viser at NVE går langt inn i kulturminnefaglige vurderinger, ved å si at vindkraftverket *etter deres syn* ikke vil virke *utilbørlig skjæmmende* mht. krigsminnet på Øvre Jernvann. At NVE uten nærmere begrunnelse kan se vekk fra fagutredningenes vurdering, er en svakhet ved saksbehandlingen som svekker rettssikkerheten til de berørte miljøinteresser i vindkraftsaker.

---

<sup>106</sup> Dette gjelder imidlertid kun når det gjelder vurderinger av opplysninger som beror på en fagmessig vurdering. Dersom NVE ikke bygger på de opplysninger som klart er dokumentert som korrekte fakta, kan det føre til et ugyldig vedtak.

## 3.5 Konesjonsvilkår som et rettslig virkemiddel for miljøvern

### 3.5.1 Innledning

I miljøretten er forvaltningens mulighet til å knytte vilkår til en miljøskadelig virksomhet et viktig virkemiddel for ivaretagelse av miljøinteresser. Som sagt viser energilovens forarbeider til at «*miljøhensyn vil bli tatt vare på gjennom konsesjonsvilkår og påvirkning av de økonomiske rammene for virksomheten*».<sup>107</sup> De økonomiske rammene for vindkraftutbygging går utenfor temaet i denne avhandlingen. Men det har stor interesse å drøfte om NVEs kompetanse til å sette *vilkår* tilknyttet en vindkraftkonsesjon, vil sikre at store miljøskader unngås.

### 3.5.2 Nærmere om hjemmelsgrunnlag og innhold

For det første åpner energiloven for at det kan fastsettes konkrete konsesjonsvilkår i relasjon til de opplistede tema i § 3-4 første ledd. Myndigheten ligger etter loven hos OED, men også her er kompetansen delegert til NVE.<sup>108</sup> Av interesse mht. miljøkonsekvenser er bestemmelsens nr. 4, som gir hjemmel til å sette vilkår «*for å unngå skader på natur og kulturverdier*». Ordlyden er meget vid, noe som taler for at NVE har omfattende fullmakt til å fastsette konsesjonsvilkår med miljøvernformål, innenfor forvaltningsrettens grenser. Dette samsvarer med forarbeidene som sier at det «*skal tilstrebes at anleggene blir til minst mulig skade for dyre- og plantelivet og får en best mulig tilpasning til omgivelsene*».<sup>109</sup> Dette kan ses som et direktiv til NVE om å fastsette de vilkår som er nødvendig for at de berørte miljøhensyn bevares på en best mulig måte.

I de avsagte vindkraftsaker kan man se at NVE i stor grad fastsetter konsesjonsvilkår med miljøvernformål. Dette kan være krav om ulike avbøtende tiltak, som for eksempel å pålegge tiltakshaver å utføre ytterligere forundersøkelser, pålegg om utarbeidelse av

---

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 23.

<sup>108</sup> Jf. Forskrift 23. august 2006 nr. 993.

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 89.

transport- eller anleggsplan mv. At energiloven gir NVE en vid fullmakt til å fastsette konsesjonsvilkår, taler for at store miljøskader kan unngås ved vindkraftutbygging. Det er ingen tvil om at dette bidrar til at miljøhensyn kan bli ivaretatt på en bedre måte, når det først er bestemt at et vindkraftverk skal utbygges. Det avgjørende spørsmålet er hvorvidt det foreligger rettslige virkemidler som sikrer at NVE anvender sin vilkårskompetanse i tråd med § 3-4s verdiriktighet – «for å unngå skader på natur og kulturverdier».

### 3.5.3 Begrensninger for miljøvern gjennom konsesjonsvilkår

Det er visse forhold som taler imot at NVEs vide fullmakt til å fastsette konsesjonsvilkår sikrer at store miljøskader vil unngås ved utbygging av vindkraftverk.

For det første følger det av § 3-4 at NVE *kan* fastsette konsesjonsvilkår, noe som overlater vurderingen av om kompetansen skal brukes, til NVEs hensiktsmessighetsskjønn.

Domstolene kan ikke overprøve om NVE burde fastsette konsesjonsvilkår, kun kontrollere om NVE holder seg innenfor energilovens rammer ved myndighetsutøvelsen.

Bestemmelsen stiller dessuten ikke krav til omfanget av det vilkåret som fastsettes. Dermed er avgjørelsen *om* vilkårskompetansen skal brukes, og om vilkåret er *hensiktsmessig* for å redusere miljøskadene, overlatt til NVEs skjønn. Det gis derfor ingen rettslig garanti for at sårbare miljøhensyn blir ivaretatt gjennom konsesjonsvilkår.

Videre følger det en begrensning av den alminnelige vilkårslæren som setter krav om at det må være en *forholdsmessighet* mellom vilkårets mål og middel.<sup>110</sup> Som det ble vist i kapittel 3.2, innebærer et krav om forholdsmessighet at kompetanse bare kan benyttes når fordelene ved et vedtak overstiger ulempene. I forarbeidene heter det at «*vilkår bare kan settes dersom omkostningene står i et rimelig forhold til det som vinnes*».<sup>111</sup> NVE må altså

---

<sup>110</sup> Se nærmere i Graver s. 281 og Eckhoff/Smith s. 396.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 90.

foreta en vurdering av den nytteeffekt et vilkår vil ha for miljøinteressene, og veie dette mot kostnadene og ulempene som vilkåret vil medføre.

For vindkraftverk som utgjør stor konflikt med konkrete miljøhensyn, er det først og fremst vilkår om å fjerne de mest konfliktfylte vindturbinene, som er mest miljøeffektivt. Et slikt krav medfører følgelig store økonomiske konsekvenser for tiltakshaver, noe som innebærer at det må være tale om omfattende miljøkonsekvenser før det blir fremsatt krav om fjerning av enkeltturbiner. Her reiser det seg et prinsipielt spørsmål i miljøretten som går ut på hvilken økonomisk verdi som kan tillegges miljøhensyn.<sup>112</sup> Dersom for eksempel et vilkår om reduksjon av tre konkrete vindturbiner vil forhindre at vindkraftverket utgjør en stor fare for havørns hekkeområde i lokaliseringsområdet, må ulempene i form av redusert kraftytelse og fortjeneste for tiltakshaver, avveies mot den verdi som bevaring av havørnen kan tillegges.

Avgjørelsen må bero på en konkret skjønnsvurdering hvor faglige verdier og politiske mål blir avgjørende. Når en lov gir forvaltningen fullmakt til å foreta en slik kost-nytteanalyse, er dette en avgjørelse som vanskelig kan overprøves av domstolene. Et slikt synspunkt ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1995 s.738. Saken reiste spørsmålet om domstolene kunne prøve forvaltningens vurdering av forholdsmessigheten mellom kostnader eller tap ved tilbakekall av utslippstillatelse etter forurl. § 18. Kjæremålsutvalget uttalte:

*«Den konkrete vekt kostnadene og tapet skal tillegges og hvordan dette skal avveies mot andre relevante hensyn, tilligger det forvaltningen å avgjøre. At det her er tale om et fritt skjønn, bekreftes av vurderingstemaet. Kostnader og forurensning er inkommensurable størrelser. Disse kan vanskelig avveies mot hverandre ut fra rettslige kriterier.»*<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Problemstillingen behandles som et av de ti grunnproblemer i miljøretten i Bugge 2006 s. 33 flg.

<sup>113</sup> Rt. 1995 s. 738 (på s. 741) – Norsk Fett- og Limindustri.

Etter dette er det klart at avgjørelsen om NVE skal fastsette konsesjonsvilkår, vil bero på NVEs vurdering om det er forholdsmessighet mellom vilkårets nytte og kostnader. Resultatet kan selvfølgelig slå begge veier, men det gis ingen garanti for at muligheten for å unngå store miljøskader tillegges større verdi enn de negative virkninger som vilkåret vil medføre. Med tanke på presset om oppnåelse av politiske utbyggingsmål kan det være fare for at miljøhensyn tillegges mindre verdi av NVE enn hva som er ønskelig ut fra et miljøvernperspektiv.

Ovenstående argumentasjon bekreftes av en rekke avsagte vindkraftsaker, hvor vindkraftverket på Nygårdsfjellet er et frapperende eksempel. Gjennom utredningene kom det frem at en rekke hytteområder vil få et støynivå som overstiger SFTs anbefalte støygrenser. NVE vurderte om det skulle stilles vilkår om flytting eller eventuelt fjerning av enkeltturbiner for å redusere konfliktgraden overfor hytteeierne i området. NVE fant imidlertid at «*gevinsten man oppnår ved å fjerne én eller flere av turbinene ikke forsvarer en så stor reduksjon i produksjonen*».<sup>114</sup> Det betviles ikke at NVEs kost–nytteanalyse bygger på en saklig vurdering, men eksempelet illustrerer at energirettede og økonomiske hensyn som regel gis tyngre vekt enn miljøhensyn.

Samlet sett kan det fastslås at NVEs kompetanse til å fastsette konsesjonsvilkår er viktig for ivaretagelsen av de berørte miljøinteresser når først et vindkraftverk skal utbygges. Man kan i praksis se at NVE setter en rekke vilkår som går ut på begrense vindkraftverkets negative effekter på miljøet. Men ved at NVE kan sette slike vilkår, vil på den andre siden gjøre det lettere å gi konsesjon til meget konfliktfylte vindkraftverk. For enkelte miljøinteresser vil konsesjonsvilkår gi liten nytteeffekt. For eksempel vil faren for fuglekollisjoner i liten grad kunne forhindres på annen måte enn flytting av den planlagte lokalisering av en rekke vindturbiner. Som vi har sett, vil slike vilkår etter NVEs syn koste mer enn det smaker, slik av det som regel kun settes vilkår om oppfølgene undersøkelser,

---

<sup>114</sup> Konsesjonsvedtaket til Nygårdsfjellet trinn II s. 53.

noe som ikke vil avbøte faren for kollisjon. Istedenfor at et konfliktfyllt vindkraftverk ender med konsesjonsavslag, åpner energiloven for at det kan gis konsesjon med tilhørende vilkår som i realiteten gir liten miljøeffekt. Energilovens bestemmelser om konsesjonsvilkår innebærer således ingen rettslig garanti for at store miljøskader unngås ved utbygging av vindkraftverk.

#### 3.5.4 Situasjonen etter konsesjon er innvilget – omgjøring

NVEs kompetanse til å fastsette vilkår gjelder kun i forbindelse med konsesjonsbehandlingen, og ikke etter at konsesjonen er gitt. Fra et miljøsynspunkt kan dette være uheldig; det virkelige omfanget av skadevirkningene vil ofte først vise seg etter at vindkraftverket er satt i drift. Dersom et vindkraftverk medfører miljøkonsekvenser av et vesentlig større omfang enn det som var forusett i konsesjonsbehandlingen, vil muligheten for å kunne fastsette nye avbøtende vilkår sikre bedre ivaretagelse av miljøinteressene. Det kan også hende at verdioppfatningene tilknyttet enkelte miljøhensyn har blitt endret med tiden, slik at fastsatte vilkår er blitt utilstrekkelige eller mindre hensiktsmessige. Hensynet til *miljøbevaring* taler derfor for at det bør være adgang for NVE til å endre eller sette nye vilkår. Fra tiltakshavers ståsted er det imidlertid meget avgjørende at vilkårene er endelig fastsatt før utbyggingen. Dersom tiltakshaver risikerer å bli møtt med krav om nye avbøtende tiltak, vil det bli for stor usikkerhet knyttet til de økonomiske kostnadene. *Forutberegnlighets-* og *innrettelseshensyn* taler derfor imot en slik endringsadgang.

Spørsmålet om NVE har adgang til å endre eller sette ytterligere vilkår er i utgangspunktet et spørsmål om hvor langt NVEs omgjøringskompetanse rekker i vindkraftsaker. Etter energiloven har NVE under visse forutsetninger mulighet til gjøre om et konsesjonsvedtak med hjemmel § 7-4 første ledd.<sup>115</sup> Bestemmelsen fastslår at gitte konsesjonsvilkår i «*særlige tilfelle*» kan endres «*av hensyn til allmenne interesser*». Ordlyden trekker i retning

---

<sup>115</sup> Ut fra overskriften i enl. § 7-4, «*omgjøring*», kan det virke som bestemmelsen gjelder en generell adgang til å omgjøre selve konsesjonsavgjørelsen. Den særlige omgjøringsadgangen gjelder imidlertid bare for endring av konsesjonsvilkår.

av at terskelen for omgjøring av konsesjonsvilkår ikke er spesielt høy. I forvaltningsretten tolkes kriterier som "særlige tilfelle" eller "særlige grunner" som regel til at det må være overvekt av hensyn som taler for at kompetansen skal brukes.<sup>116</sup> Dette samsvarer med forarbeidende; det heter der at «*hensynet til konsesjonærens behov for å kunne innrette seg etter de vilkår som er gitt, tilsier imidlertid at endring bare bør foretas hvis det foreligger et kvalifisert behov*».<sup>117</sup> Som det fremgår av § 7-4 annet ledd, må NVE også her foreta en proporsjonalitetsvurdering. Vi ser dermed igjen at det avgjørende for om miljøinteresser blir ivaretatt gjennom de bestemmelser i energiloven som har miljøbevarende formål, er hva NVE finner hensiktsmessig.

Samlet sett kan det sies at det er en viktig sikkerhetsventil at loven gir NVE kompetanse til å fastsette ytterligere vilkår etter konsesjon er innvilget. Spesielt kan dette være hensiktsmessig i vindkraftsaker hvor den virkelige skadeeffekten først viser seg etter en viss driftsperiode. Men som drøftelsen viser, beror også omgjøringsadgangen på økonomiske hensyn, og utfallet av denne proporsjonalitetsvurderingen er lagt til NVEs skjønn. Dette medfører at heller ikke NVEs omgjøringskompetanse etter energiloven innebærer noen garanti for at store miljøskader blir redusert eller unngått i vindkraftsaker. NVE gir vindkraftverk konsesjon på inntil 25 år, men har så vidt vites aldri anvendt omgjøringskompetansen i § 7-4.

### 3.6 En samlet vurdering av energilovens rettslige rammer

Dette kapitlet reiste problemstillingen om energiloven sikrer at det ikke innvilges konsesjon til vindkraftverk som vil medføre store miljøskader. Etter det ovenstående er det imidlertid klart at dette ikke er tilfelle ved NVEs konsesjonsbehandling. Ivaretagelse av miljøhensyn ved konsesjonsbehandling kommer i liten grad til uttrykk i energilovens bestemmelser. Men vi sett at energiloven åpner for at store miljøskader kan gis utslagsgivende vekt, og

---

<sup>116</sup> Se for eksempel tolkingen av «*særlige grunner*» i pbl. § 7 i kapittel 5.3.2.2.

<sup>117</sup> Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 97.

således gir loven i en viss grad uttrykk for den verdiriktighet som kan sikre berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettssikkerhet i materiell forstand. På den andre siden har det kommet frem at det ikke foreligger rettslige virkemidler som sikrer at verdiriktigheten etterleves når NVE står overfor et vindkraftverk som medfører store miljøskader. Den rettslige svakheten ligger først og fremst i den vide fullmakt NVE er gitt til å vektlegge de hensyn som skal inngå i interesseavveiningen. Som vi har sett, er dette en vurdering som ikke egner seg for overprøving av domstolene. Domstolene kan riktignok kontrollere om NVE holder seg innenfor energilovens rammer ved skjønnsutøvelsen. Men som vi har sett, åpner formålsparagrafen for at NVE står nærmest fritt mht. hvilke hensyn som er saklige.

På den ene side kan det argumenteres for at den vide fullmakt NVE er gitt gjennom energiloven er nødvendig med tanke på lovens vide anvendelsesområde.

Konsesjonspliktige anlegg etter energiloven vil være meget forskjellige ut fra art og virkninger på berørte interesser, noe som nødvendiggjør en viss frihet i vektleggingen av de relevante hensyn. Interesseavveiningen NVE står overfor, er dessuten preget av inkommensurable avveininger, som krever et konkret vurdering av de faktiske omstendigheter i de ulike sakene.

På den andre siden har vi sett at slik lovgivningsteknikk svekker rettssikkerheten til de interesser som blir berørt av en vindkraftkonsesjon. I hvilken grad miljøinteressene vektlegges i selve konsesjonsavgjørelsen, eller i vurderingen om det skal fastsettes konsesjonsvilkår, beror på NVEs vurdering av hva som er hensiktsmessig i det konkrete tilfelle. Når NVE utøver sin myndighet på bakgrunn av et stort politisk utbyggingspress, har vi sett at det er fare for at skadevirkningene overfor miljøinteresser blir nedprioritert. Det er derfor grunn til å hevde at så inngripende tiltak som vindkraftutbygging, i større grad burde styres av rettslige kriterier, som sikrer at NVEs vurdering kunne overprøves av domstolene.

## 4 Andre rettsgrunnlag som skranke for NVEs skjønnsutøvelse

### 4.1 Innledning med kapitlets problemstilling

Hovedproblemstillingen i dette kapitlet er om det i norsk rett finnes *andre rettsgrunnlag som sikrer at det ikke bygges ut vindkraftverk som vil medføre store miljøskader*.

I det foregående kapitlet ble det slått fast at energiloven ikke gir miljøinteresser tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker. Utbygging av vindkraftverk berører imidlertid en rekke interesser som er gitt rettslig beskyttelse i andre lovverk. I tillegg til at energiloven er avgjørende for NVEs vurderingsfrihet, kan denne også påvirkes av andre rettsgrunnlag. Som det skal vises, har miljøhensyn fått en konstitusjonell beskyttelse gjennom vedtakelsen av Grl. § 110 b. I tillegg har Norge forpliktet seg til å overholde en rekke internasjonale konvensjoner med miljøvernformål. I miljøforvaltningsretten har det også vokst frem en rekke miljørettslige prinsipper, som stiller krav til forvaltningsvedtak som kan medføre skadevirkninger for miljøinteresser. Det er derfor av interesse å drøfte om slike rettsgrunnlag vil sette skranke for NVEs skjønnsvurdering i vindkraftsaker.

### 4.2 Vern gjennom særlovgivningen

#### 4.2.1 Innledning

I kapittel 1.3 ble det nevnt at enkelte miljøinteresser er gitt et rettslig vern gjennom særlovgivningen. Dette gjelder først og fremst lokalbefolkningens vern mot støyvirkninger gjennom forurensningsloven, kulturminner beskyttet mot skadelige inngrep gjennom kulturminneloven og viltets beskyttelse gjennom bestemmelsene i viltloven.<sup>118</sup> I hvilken grad disse lovene bidrar til at de ulike miljøinteressene gis styrket rettssikkerhet i vindkraftsaker, vil i hovedsak bero på to forhold:

---

<sup>118</sup> I tillegg vil naturvernloven innebære en rettssikkerhet for miljøet gjennom fredningsbestemmelsene. Naturvernloven vil imidlertid sjelden få anvendelse i vindkraftsaker, ettersom utbygging av vindkraftverk ikke planlegges i fredete områder eller områder som har fredningspotensial.

For det første kan det være tale om rettslige kriterier i særlovgivningen som kan hindre at en vindkraftutbygging blir realisert. Dette kan enten skje gjennom særskilte vernevedtak eller tillatelser, hvor inngrep vil være forbudt og myndigheten hører under et annet organ enn NVE. For det andre kan rettssikkerheten styrkes dersom miljøvernbestemmelsene i særloven, legger direkte føring på NVEs skjønnsvurdering.

#### 4.2.2 Forurensningsloven

Støy fra vindkraftverk omfattes av forurensningslovens definisjon av forurensning, jf. § 6 nr. 2. For all virksomhet som kan volde forurensning, oppstiller forurl. § 7 et forbud, men etter § 11 kan en virksomhet gis tillatelse etter en konkret vurdering foretatt av gjeldende forurensningsmyndighet. Normalt vil konsesjonskompetansen ligge hos SFT, men for vindkraftsakers angående er den delegert til fylkesmannen.<sup>119</sup> Det første som skal drøftes, er om forurensningslovens særskilte tillatelseskrav vil sikre at en vindkraftutbygging som medfører omfattende støyvirkninger overfor lokalbefolkningen, ikke blir realisert.

Det foreligger naturlig nok en grense for når støyforurensning krever særskilt tillatelse etter § 11. Utgangspunktet følger av § 6, som setter et krav til *resipientvirkningene*.<sup>120</sup> Etter bestemmelsen faller forurensning inn under lovens forurensningsdefinisjon dersom den «*er eller kan være til skade eller ulempe for miljøet*». Loven legger opp til en konkret vurdering om den forurensende aktivitet er av et slikt omfang at den vil være til skade eller ulempe for miljøet.

Miljøverndepartementet har i denne forbindelse utarbeidet en retningslinje som gir anbefalinger om når støy fra ulike virksomheter er å anse som skadelig for omgivelsene.<sup>121</sup> Når det gjelder vindkraftverk, er den anbefalte grense for bolig- og hytteområder satt ved

---

<sup>119</sup> Jf. delegasjonsbrev 22. desember 2000 med hjemmel i forurl. § 81.

<sup>120</sup> Forurensningsloven § 6 er behandlet i Bugge 1999 s. 209–242 og i Backer 2002 s. 218–224.

<sup>121</sup> Jf. Retningslinje for behandling av støy i arealplanlegging T-1442 (2005) s. 1.

$L_{den}$  50 dB.<sup>122</sup> Utgangspunktet er derfor at vindkraftverk som medfører støyvirkninger som overstiger 50 dB i bolig- eller hytteområder, krever særskilt tillatelse av fylkesmannen etter § 11. Men retningslinjene er kun veiledende og ikke juridisk bindende, og det er derfor nødvendig at fylkesmannen foretar en konkret vurdering om det er behov for et konsesjonskrav. Utfallet av denne vurderingen kan selvsagt falle begge veier, men ettersom vurderingen etter loven er lagt til fylkesmannens skjønn, gis det ingen garanti for at vindkraftverk vil anses som konsesjonspliktig etter forurensningsloven. Dersom det er tale om omfattende støyvirkninger som vil berøre flere boliger, vil nok resultatet bli at konsesjon kreves på bakgrunn av retningslinjenes anbefalinger. Men at det ikke finnes lovsatte kriterier for når et vindkraftverk er konsesjonspliktig etter forurensningsloven, innebærer følgelig at rettssikkerheten til lokalbefolkningen svekkes.

Dersom et vindkraftverk medfører så omfattende støyvirkninger overfor lokalbefolkningen at det anses for konsesjonspliktig, må fylkesmannen foreta en konkret vurdering om forurensningskonsesjon skal gis eller avslås. Spørsmålet er således om forurensningslovens rammer legger normativ føring på fylkesmannens vurdering av om konsesjon skal gis eller ikke. Forurensningsloven oppstiller imidlertid ingen rettslige *minstekrav* eller *kriterier* for at konsesjon til forurensning kan meddeles.<sup>123</sup> Av forarbeidene fremgår det at vurderingen om en virksomhet skal gis forurensningskonsesjon eller ikke, er overlatt til beslutningsmyndighetens skjønn.<sup>124</sup> Om et vindkraftverk skal gis forurensningskonsesjon eller ikke, beror derfor på hva fylkesmannen finner hensiktsmessig i den konkrete sak. Domstolene kan ikke overprøve hva fylkesmannen faller ned på.

For at konsesjonstildeling ikke skal skje på et vilkårlig og usaklig grunnlag, inneholder forurensningsloven visse retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Spørsmålet er således om

---

<sup>122</sup> *ibid* s. 8. " $L_{den}$ " er en beregning for årsmiddelverdi, og ble innført som ekvivalentnivå i tråd med EU-regelverkets målestørrelser. I retningslinjen opereres det med to grenseverdier avhengig av om det støyutsatte området ligger i vindskygge eller ikke. Grenseverdien er satt til henholdsvis 45 dB og 50 dB.

<sup>123</sup> Se Backer 2002 s. 227.

<sup>124</sup> Jf. Ot.prp. nr. 11 (1979–1980) s. 27.

disse inneholder en viss miljøkvalitet som sikrer at det ikke gis forurensningskonsesjon til vindkraftverk som medfører omfattende støyskader.<sup>125</sup>

I forurl. § 11 femte ledd trekkes rammene for skjønnsutøvelsen:

*«Når forurensningsmyndigheten avgjør om tillatelse skal gis..., skal det legges vekt på de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre.»*

Bestemmelsen legger opp til en interesseavveining hvor de forurensende ulempene må avveies mot virksomhetens øvrige virkninger. Selv om bestemmelsen er meget vid i sin formulering, gis det uttrykk for at hovedvekten skal legges på de forurensningsmessige hensyn.<sup>126</sup> Dette gir fylkesmannen grunnlag for å legge vesentlig vekt på støymessige hensyn når det skal avgjøres om et vindkraftverk skal gis forurensningskonsesjon eller ikke. På den andre siden kan det være at de samfunnsgagnlige fordeler anses som så store at de gis utslagsgivende vekt.<sup>127</sup> Forarbeidende uttaler i denne forbindelse at:

*«Det kan være at tiltaket har så stor samfunnsmessig betydning at det bør tillates selv om det vil føre til større forurensninger enn det som ellers kan godtas. Men også for samfunnsviktige tiltak går det en grense for hvor store forurensninger en kan akseptere.»<sup>128</sup>*

Her antydes at det skal være en ”nedre grense” for hvor omfattende forurensning som kan godtas, men det sies ikke mer om hvor denne grensen går. Formuleringen kan derfor tolkes

---

<sup>125</sup> Spørsmålet er drøftet på et generelt grunnlag i Bugge 1999 s. 338 flg.

<sup>126</sup> Det samme kan utledes av formålsparagraf i forurl. § 1, samt av den generelle angivelsen av retningslinjer ved lovanvendelsen inntatt i lovens § 2. Se Backer 2002 s. 228.

<sup>127</sup> Hvilke hensyn som er relevante for vektleggingen, er utførlig behandlet i Backer 2002 s. 228 flg.

<sup>128</sup> Ot.prp. nr. 11 (1979–1980) s. 26.

mer som et *politisk signal*, fremfor å være et uttrykk for en rettslig skranke for konsesjonskompetansen.<sup>129</sup>

Lovgiver har valgt ikke å legge inn en grense for hva som kan tillates av forurensning ved en konsesjonstildeling etter forurensningsloven. Avgjørelsen er derfor utelukkende lagt til konsesjonsmyndighetens vurdering av forurensningsulempene i forhold til den samfunnsgagnlige fordelingen av virksomheten. Et vesentlig moment vil her være hva slags type forurensning man står overfor, og videre hvor mange som blir berørt av forurensningen. Forurensning i form av støy er ikke ansett som den mest alvorlige formen for forurensning; den er viet liten oppmerksomhet både i loven og i forarbeidene. I utmarksområdene som vindkraftverk lokaliseres til, er det også som regel kun en begrenset gruppe som blir påvirket av støyulempene. Selv om forurensningsloven åpner for at resultatet av konsesjonsvurderingen kan slå begge veier, er det derfor liten sannsynlighet for at det ikke gis forurensningskonsesjon til vindkraftverk grunnet støy.<sup>130</sup>

Forurensningsmyndighetene kan tvert om ønske økt satsing på vindkraftverk ettersom dette erstatter kraftproduksjon med CO<sub>2</sub>-utslipp. De positive virkningene i form av kraftforsyningen og det politiske ønske om økt satsing på fornybar energiproduksjon, vil derfor som regel veie tyngre enn støyvirkningene i vindkraftsaker.

At forurensningsloven overlater konsesjonskompetansen til fylkesmannens hensiktsmessighetskjønn, innebærer at domstolskontrollen er vesentlig begrenset. Domstolskontrollen er begrenset til å omhandle den alminnelige kontroll av *tilblivelsen* av vedtaket.<sup>131</sup> Dette var også intensjonen til lovgiver; det uttales i motivene at «[d]epartementet vil ellers understreke at domstolene trolig er lite egnet til å foreta slike vurderinger som det her er tale om». Samlet sett kan det derfor fastslås at forurensningslovens særskilte anvendelse i vindkraftsaker ikke gir noen garanti for at vindkraftverk som medfører store støyvirkninger, ikke blir realisert.

---

<sup>129</sup> Se Bugge 1999 s. 339.

<sup>130</sup> Så langt har dette ikke vært tilfelle i vindkraftsaker.

<sup>131</sup> Se Bugge 1999 s. 339.

Spørsmålet er så om forurensningslovens forbud mot støy innebærer en rettslig skranke for NVEs konsesjonskompetanse. I praksis underlegges vindkraftverk konsesjonsbehandling før en eventuell behandling etter forurensningsloven. NVEs konsesjon innebærer kun at vindkraftverket er avklart etter energiloven konsesjonsplikt, og innebærer således ingen utbyggingstillatelse. Praksis viser at selv om et vindkraftverk vil medføre støyskader som overstiger Miljøverndepartementets anbefalte støygrenser, gis det konsesjon av NVE. Om forurensningslovens forbud uttales det at «[g]renseverdien i retningslinjene er ikke rettslig bindende og dermed ikke absolutte grenser».<sup>132</sup> Dermed overlates avklaring etter andre lovverk til tiltakshavers ansvar. Forurensningslovens forbud mot støyforurensning legger således ingen rettslige skranke for NVEs konsesjonskompetanse.

En annen side av saken er at forurensningslovens forbud mot støyforurensning kan inngå som et viktig moment i NVEs interesseavveining. Fylkesmannen kan gjennom sin rolle som høringsinstans påpeke hvilke avbøtende tiltak gjennom konsesjonsvilkår som må settes av NVE for at støyvirkningene skal bli akseptable. Som det gikk frem av kapittel 3.5, vil undertiden NVE fastsette konsesjonsvilkår som virker avbøtende for vindkraftverks støyvirkninger. Av den grunn vil som regel ikke en vindkraftsak underlegges en egen behandling etter forurensningsloven.<sup>133</sup> Dette viser at forurensningslovens forbud mot støyvirkninger først og fremst har preventiv virkning i vindkraftsaker: Dette enten ved at tiltakshaver tilrettelegger lokaliseringen slik at vindkraftverket medfører minst mulig støyskader for lokalbefolkningen, eller gjennom vilkår satt av NVE. På denne måten vil forurensningsloven bidra til at lokalbefolkningens interesser blir bedre ivaretatt.

#### 4.2.3 Kulturminneloven

Kulturminner er gitt formell beskyttelse mot inngrep gjennom kulturminneloven.

---

<sup>132</sup> Jf. bl.a. konsesjonsvedtaket til Nygårdsfjellet Trinn II s. 41.

<sup>133</sup> Dette anbefales også av Miljøverndepartementet, jf. TA-2115 (2005) s. 204.

Utgangspunktet er at alle fysiske inngrep som kan virke negativt inn på kulturminner eller kulturlandskap, skal avklares etter kulturminneloven. Spørsmålet som skal drøftes, er om kulturminneloven sikrer at en vindkraftutbygging som vil medføre store skadevirkninger overfor kulturminneinteresser, ikke blir realisert.

Kulturminneloven skiller mellom *automatisk fredete kulturminner* og kulturminner som må fredes gjennom et *særskilt vedtak*.<sup>134</sup> De legalfredete kulturminnene anses som spesielt verneverdige, og er uttømmende opplistet i § 4. Før utbyggig finner sted, plikter tiltakshaver å foreta en undersøkelse i plan- og influensområdet for å avdekke konflikt med eventuelle legalfredete kulturminner, jf. § 9.<sup>135</sup> Inngrep som vil «skade, ødelegge, grave ut, flytte, forandre, tildekke, skjule eller på annen måte utilbørlig skjemme» et legalfredet kulturminne, er forbudt etter § 3. Dersom tiltakshaver gjennom sin undersøkelse av området avdekker mulige inngrep med legalfredete kulturminner, må området eller kulturminnet *frigis* etter lovens § 8 for at utbyggingen skal være lovlig.

Frigjøringskompetansen ligger i utgangspunktet hos Miljøverndepartementet, men er delegert til Riksantikvaren.<sup>136</sup> Kulturminneloven § 8 gir dermed Riksantikvaren hjemmel til å nekte utbygging av de vindturbiner som vil medføre inngrep i det legalfredete kulturminne. Loven oppstiller imidlertid ingen rettslige kriterier for når et kulturminne kan frigis. Avgjørelsen beror følgelig på hva Riksantikvarens finner hensiktsmessig etter en konkret vurdering. Hva Riksantikvaren faller ned på, er i underrettspraksis ansett som avgjørelse som er utelukket fra domstolskontroll.<sup>137</sup>

Kulturminnelovens formål i § 1 oppstiller imidlertid visse retningslinjer for skjønnet. Etter bestemmelsen skal hovedvekten legges på hensynet til kulturminner «*som vitenskapelig*

---

<sup>134</sup> I det følgende brukes terminologien "legalfredete" og "vedtaksfredete".

<sup>135</sup> Kravet for undersøkelsesplikten gjelder for «*offentlige og større private tiltak*». Det er på det rene, og heller ikke omstridt, at vindkraftverk klart faller inn under bestemmelsen.

<sup>136</sup> Jf. forskrift 9. februar 1979 nr. 8785 § 1.

<sup>137</sup> Se f.eks. RG 1991 s. 528 (på s. 532). Høyesterett har aldri behandlet spørsmålet, men rettstilstanden er ansett som sikker, jf. Holme s. 69.

*kildemateriale og som varig grunnlag for nålevende og fremtidige generasjoners opplevelse, selvforståelse, trivsel og virksomhet*». Verdien av kulturminnet må imidlertid avveies mot den samfunnsmessige nytte som vindkraftverket vil medføre.<sup>138</sup> Avgjørelsen om kulturminnet er så verneverdig at lovens forbud må opprettholdes, vil bero på en rekke momenter tilknyttet kulturminnets art, historie, sjeldenhet mv. At loven åpner for at Riksantikvaren kan legge stor vekt på kulturminnevern, tilsier at legalfredete kulturminner er gitt et godt vern mot direkte inngrep fra vindkraftutbygging. Miljøverndepartementet kan imidlertid omgjøre vedtaket etter klage, jf. § 8 første ledd tredje punktum. Miljøverndepartementet har på sin side større grunnlag til å vektlegge andre samfunnsgagnlige virkninger, som vindkraftverkets bidrag til fornybar kraftproduksjon mv. Derfor gir kulturminneloven ingen garanti for at legalfredete kulturminner er vernet mot inngrep fra vindkraftutbygging.

En direkte konflikt med et legalfredet kulturminne vil imidlertid sjelden bli en aktualitet, ettersom tiltakshaver kan unngå direkte skadevirkninger ved plassering av enkeltturbiner. Vi kan derfor igjen registrere at særlovgivningen først og fremst har preventiv virkning for ivaretagelsen av de berørte interesser i vindkraftsaker. Konflikten mellom vindkraftverk og kulturminner er ofte av indirekte karakter gjennom de visuelle og støymessige virkningene. Det er derfor begrepet «*utilbørlig skjemme*» i § 3 som blir avgjørende for om forbudet gis anvendelse. Forarbeidene til kulturminneloven er på sin side taus om begrepsforståelsen, men ordlyden trekker i retning av at det skal være snakk om en vesentlig påvirkning før et forbud kommer på tale. Det avgjørende momentet vil være avstanden fra det aktuelle kulturminnet til vindkraftverkets planlagte lokalisering. Vi så i kapittel 3.4.4.2 at Riksantikvaren anså en vindkraftutbygging lokalisert 1,9 kilometer fra et krigsminne, for å være utilbørlig skjemmende. At loven overlater avgjørelsen til Riksantikvarens konkrete skjønn, kan styrke de legalfredete kulturminnenes rettssikkerhet i vindkraftsaker.

---

<sup>138</sup> For en detaljert redegjørelse av relevante hensyn, se Holme s. 70.

Når det gjelder kulturminner som ikke er legalfredete, gir § 15 første ledd kulturminnemyndighetene hjemmel til å beskytte slike kulturminner mot skadelige inngrep gjennom et særskilt vernevedtak. Etter § 19 kan i tillegg området rundt slike kulturminner fredes. I begge tilfeller er fredningskompetansen delegert til Riksantikvaren, som også er gitt kompetansen til å forby tiltak som er egnet til å motvirke formålet med fredningen, jf. §§ 15 tredje ledd og 19 annet ledd. At loven åpner for at også nyere kulturminner kan beskyttes mot inngrep gjennom et vernevedtak, taler for at også vedtaksfredete kulturminner er underlagt god rettslig beskyttelse i vindkraftsaker. Men her ligger det noen usikkerhetsmomenter mht. den reelle graden av rettssikkerhet.

For det første er Riksantikvarens vernekompetanse begrenset til kulturminner eller kulturmiljøer som har «*kulturhistorisk eller arkitektonisk*» verdi, jf. § 2 tredje ledd. Begrepsbruken er gjentatt i § 15 første ledd, uten at det her kommer klart frem hvilke kulturminner som omfattes. Det har imidlertid utviklet seg en forvaltningspraksis som slår fast at et kulturminne må ha *nasjonal verneverdi* før det kan underlegges et særskilt vern mot inngrep.<sup>139</sup> Hvilke kulturminner som faller inn under denne kategorien vil bero på en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor bl.a. kulturminneforvaltningens tidligere praksis vil være et relevant moment.

For det andre kan det drøftes om kulturminner er gitt et godt vern mot skadevirkninger til tross for at Riksantikvaren får gjennomført et fredningsvedtak. Svaret vil i utgangspunktet bero på hvor langt et fredningsvedtak rekker ved en vindkraftutbygging. Etter § 15 tredje ledd kan Riksantikvaren «*forby eller på annen måte regulere alle typer tiltak som er egnet til å motvirke formålet med fredningen*». Det er på det rene at det kan settes forbud mot virksomhet som fysisk vil skade kulturminnet. Mer tvilsomt er om bestemmelsen kan anvendes for å forby visuelle og støymessige skadevirkninger. I så fall må fredningsvedtaket kombineres med fredning av området rundt kulturminnet etter § 19. Etter bestemmelsens første ledd kan området rundt et legal- eller vedtaksfredet kulturminne også

---

<sup>139</sup> Se Holme s. 144.

fredes «*så langt det er nødvendig for å bevare virkningen av kulturminnet i miljøet*». Og etter § 19 annet ledd gis Riksantikvaren myndighet til å «*forby eller på annen måte regulere alle typer tiltak som er egnet til å motvirke formålet med fredningen*». Det avgjørende spørsmålet er da hvor grensen går for hvor store områder rundt et kulturminne som kan fredes med hjemmel i § 19.

For å illustrere den begrensede virkningen av vern som et rettslig virkemiddel for ivaretagelse av kulturminner, kan drøftelsen knyttes til krigsminnet på Nygårdsfjellet. Etter at vindkraftverket ble gitt konsesjon av NVE, varslet Riksantikvaren oppstart av en fredingsprosess av krigsminnet og området rundt dette. Men gir kulturminneloven Riksantikvaren hjemmel til å fastsette et fredingsvedtak som vil hindre vindkraftutbyggingen som er lokalisert 1,9 kilometer unna krigsminnet? Av ordlyden i § 19 følger en begrensning ved fredingen kun kan rekke «*så langt det er nødvendig*» for å bevare virkningen av kulturminnet i miljøet. Forarbeidene gir ingen anvisning på hvor langt et fredingsvedtak kan rekke. Svaret må derfor bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering, som går ut på om opplevelsesverdien av krigsminnet vil bli forringet ved de visuelle og støyessige forstyrrelsene vindkraftverket vil medføre. Men også her må skadevirkningene avveies mot de samfunnsgagnlige hensyn som følger av vindkraftutbyggingen. Etersom det er Miljøverndepartementet som i siste instans bestemmer om et fredingsvedtak kan omfatte et område 1,9 kilometer unna det aktuelle kulturminne, er det høyst sannsynlig at et fredingsvedtak blir tilsidesatt. Dette grunnet Miljøverndepartementets prioritering av økt utbygging av fornybar kraftproduksjon. Men det gjenstår å se hvordan Miljøverndepartementet som overordnet instans vil avgjøre saken.

Etter det ovenstående kan det fastslås at kulturminner er gitt styrket rettssikkerhet gjennom kulturminnelovens anvendelse i vindkraftsaker. Men heller ikke her gis det noen garanti for at bevaring av sårbare kulturminner blir prioritert fremfor utbygging av vindkraftverk. Den rettslige svakheten ligger i mangel på virkemidler som vil sikre at lovens vernebestemmelser blir gjennomført med tilstrekkelig virkning.

Det kan videre undersøkes om kulturminnelovens bestemmelser setter skranker for NVEs konsesjonsvurdering etter energiloven. Kulturminneloven § 9 stiller krav om at undersøkelsesplikten skal foretas før utbygging; ikke før konsesjonsbehandlingen. I praksis kan man erfare at de fleste tiltakshavere avventer med § 9-undersøkelsen inntil konsesjonsavgjørelsen foreligger. Dermed har NVE lite grunnlag for å avgjøre om vindkraftverket vil komme i konflikt med legalfredete kulturminner. Dette innebærer en svakhet med hensyn til kulturminnehensyns ivaretagelse i konsesjonsavgjørelsen.

Et annet spørsmål er om kulturminnelovens formålsparagraf kan legge direkte føring på NVEs skjønnsvurdering. Bestemmelsens tredje ledd retter seg utover kulturminnelovens virkeområde og sier at når «*det etter annen lov treffes vedtak som påvirker kulturminneressursene, skal det legges vekt på denne lovs formål*». Her pålegges alle offentlige myndigheter et kulturminnevern som et sektorovergripende ansvar, og dette uavhengig om den aktuelle kompetanselov oppstiller kulturminner som relevante hensyn. Loven gir således uttrykk for en god verdiriktighet med hensyn til ivaretagelse av kulturminner i arealforvaltningssaker. Det sies imidlertid ingen ting om hvor stor vekt som skal legges på kulturminnehensynet, og da stiller situasjonen seg ikke annerledes enn hva som allerede følger av energiloven. Som drøftelsen over har vist, finnes det ingen rettslige virkemidler som vil sikre at den verdiriktighet som kulml. § 1 gir uttrykk for, etterleves i praksis.

#### 4.2.4 Viltloven

Utbygging av vindkraftverk utgjør også et stort konfliktpotensial med viltet i lokaliseringsområdet. Det er som tidligere påpekt først og fremst fugler som er utsatt for skadevirkninger, grunnet den store faren for kollisjon med vindturbiner eller tilhørende kraftledninger. Viltet i Norge er imidlertid gitt en formell beskyttelse gjennom viltlovens bestemmelser. Det har derfor interesse å drøfte om viltloven vil sikre at det ikke bygges ut vindkraftverk som utgjør et stort skadepotensial overfor fugler og annet vilt.

I miljøforvaltningsretten er det på et generelt grunnlag oppstilt et *fredningsprinsipp* for viltet.<sup>140</sup> Prinsippet innebærer at alt vilt i utgangspunktet er fredet mot inngrep fra menneskelig aktivitet. Prinsippet gjelder imidlertid mer som et formelt utgangspunkt enn som en ulovfestet norm som kan håndheves av domstolene. Dette har sammenheng med at utnyttelse av naturressursene er ansett som en grunnleggende forutsetning for å dekke menneskelige behov.<sup>141</sup>

I viltloven har imidlertid fredningsprinsippet blitt lovfestet i § 3. Bestemmelsen første ledd oppstiller utgangspunktet: «*Alt vilt, herunder dets egg, reir og bo er fredet med mindre annet følger av lov eller vedtak med hjemmel i lov.*» Videre følger det av andre ledd et forbud mot å «*fange, jage, drepe, eller skade fredet vilt*». Viltloven § 9 gir adgang til å fastsette i forskrift hvilke arter som kan unntas fra denne bestemmelsen, men bestemmelsen knytter seg til innhøstings- og reguleringsformål. Spørsmålet er om forbudet i § 3 kan rettes mot forvaltningens myndighetsutøvelse, og sette en rettslig skranke for vedtak som kan medføre at vilt blir skadet eller drept.

Dersom det fremkommer av saksutredningen i en vindkraftsak at vindkraftverket vil utgjøre en stor fare for at fugler i området vil *drepes* eller *skades*, vil et konsesjonsvedtak i utgangspunktet stride mot formålet med fredningsprinsippet i viltl. § 3. Dette var nettopp tilfelle i forbindelse med konsesjonsbehandlingen av Smøla vindkraftverk, hvor NVE var innforstått med vindkraftverkets skadepotensial for havørnbestanden i området. Fredningsprinsippet i § 3 sonder ikke mellom årsaken til skadevirkningene, men fastslår at viltet skal bevares. De legislative hensyn bak viltl. § 3 taler således for at forbudet også kan rettes mot NVE i deres konsesjonsbehandling av vindkraftverk.

Lovforarbeidene til viltloven sier på sin side ikke om bestemmelsen også retter seg mot et forvaltningsorgan som har myndighet til å tillate virksomhet som kan skade eller drepe

---

<sup>140</sup> Se Bugge 2006 s. 60.

<sup>141</sup> Se Backer 2002 s. 66.

viltet. Det fremgår her at «[f]redningsprinsippet innebærer at det bare skal fastsettes jakttid for de arter, og til tid og sted som er forsvarlig». <sup>142</sup> Dette tilser at lovgiver først og fremst lovfestet et fredningsprinsipp for å sette en strengere jaktrestriksjon enn hva som fulgte av den tidligere jaktloven av 1951. <sup>143</sup>

I sammenheng med vindkraftutbygging vil imidlertid et usikkerhetsmoment gjøre seg gjeldene. Om et vindkraftverk vil medføre at viltet i området drepes eller skades, vil i stor grad bero på antagelser, hvor det virkelige skadeomfanget først vil vise seg etter at vindkraftverket har vært i drift i flere år. Kan fredningsprinsippet i § 3 tas til inntekt for at det foreligger et forbud mot å avsi et vedtak hvor det er *fare* for at den tillatte virksomhet vil kunne skade eller drepe viltet? Ordlyden taler således imot en slik tolking av bestemmelsen. Viltloven § 3 omhandler handlinger som direkte går ut på å *skade* eller *drepe* viltet.

Problemstillingen kom opp i en lagmannsrettsdom inntatt i RG 2005 s. 1454. Saken gjaldt en fellestillatelse for en spesifikk bjørn, hvor kun jegere oppnevnt av kommunen kunne delta i fellingsforsøket. En mann som ikke tilhørte den avgrensede krets jegere, drepte bjørnen uten å melde fra til myndighetene. Et spørsmål saken reiste, var om mannen, i tillegg til å straffes for å ha skutt bjørnen, kunne straffes for at den manglende varslingen gjorde at det forelå fare for at en bjørn nummer to – en fredet bjørn – kunne bli skutt. Flertallet kom til at dette ikke var tilfelle og uttalte i den forbindelse at «viltlovens §3 er et skadedelikt, ikke et faredelikt, og han kan derfor ikke dømmes for overtredelse av §3 på dette grunnlag». <sup>144</sup> Legger man lagmannrettens syn til grunn – at viltl. § 3 er et skadedelikt – taler imot at forbudet kan sette skranker for NVEs konsesjonskompetanse. På konsesjonsstadiet vil et vindkraftverk kun utgjøre *en fare* for at viltet i området vil bli skadet eller drept.

Selv om det neppe har vært lovgivers intensjon at fredningsprinsippet i § 3 skulle kunne stanse utbyggingssaker, taler gode grunner for at viltlovens forbudsbestemmelse også burde

---

<sup>142</sup> Ot.prp. nr. 9 (1980–1981) s. 38.

<sup>143</sup> Fredningsprinsippet omtales i forarbeidene som *speilvendingsprinsippet*, ettersom det motsatte prinsipp gjaldt tidligere. Jakt var da tillatt med mindre annet var bestemt. Se Ot.prp. nr. 9 (1980–1981) s. 46.

<sup>144</sup> RG 2005 s. 1454 (på s. 1458).

gjelde for all forvaltningsmyndighet som kan medføre at viltet blir drept eller skadet. For det første har lovgiver valgt å lovfeste et fredningsprinsipp som gjelder for alle arter, og ikke bare dem som er jaktbare. Det heter i forarbeidene at:

*«Da også viltarter uten jaktlig betydning har verdi i økologisk sammenheng, og for naturopplevelse, vitenskap og undervisning, er lovens virkeområde i forhold til gjeldende lov utvidet til å gjelde også disse arter.»*<sup>145</sup>

Dette taler i retning av at forbudet i § 3 må gjelde all forvaltning som kan ha betydning for viltet. I samme retning trekker viltlovens formålsparagraf, hvor det heter at *«viltet og viltets leveområder skal forvaltes slik at naturens produktivitet og artsrikdom bevares»*, jf. § 1. Bestemmelsen gir uttrykk for en bevaringsmessig forvaltning av det biologiske mangfoldet, noe som også forarbeidene understreker som et grunnleggende formål med loven.<sup>146</sup> Dersom en slikt formål skal overholdes, burde forbudsbestemmelsen i viltloven også kunne anvendes ved utøvelse av forvaltningsmyndighet som medfører et stort potensial for å skade eller drepe viltet.

Selv om det kan argumenteres for at fredningsprinsippet i § 3 burde sette en rettslig skranke for NVE konsesjonskompetanse, er det lite trolig at bestemmelsen vil kunne føre til at et konsesjonsvedtak kan tilsidesettes som ugyldig. Dette særlig med tanke på at bestemmelsen er et skadedelikt og ikke et faredelikt. Dersom § 3 hadde vært en reell rettslig skranke for NVEs konsesjonskompetanse, som domstolene kunne overprøve overholdelsen av, taler gode grunner for at konsesjonen til Smøla vindkraftverk ville ha blitt tilsidesatt. Selv om viltloven gir uttrykk for et godt rettslig vern av fugler og annet vilt, er det mangel på rettslige virkemidler som kan sikre at fredningsprinsippet blir fulgt opp i forvaltningens

---

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 9 (1980–1981) s. 38.

<sup>146</sup> l.c.

enkeltsaker. Derfor kan det fastslås at viltloven ikke vil forhindre at det gis konsesjon til vindkraftverk som innehar et stort skadepotensial overfor fugler og annet vilt.

#### 4.3 Grunnloven § 110 b

Etter lang tids forhandling ble Grl. § 110 b vedtatt av Stortinget i 1992, og dermed er miljøet gitt en konstitusjonell beskyttelse i Norge.<sup>147</sup> Innholdsmessig knytter bestemmelsen seg både til miljøkvalitet og miljøinformasjon, men det er førstnevnte tema som vi skal beskjeftige oss med i det følgende. Tema for drøftelsen er om Grl. § 110 b innebærer en rettslig skranke for NVEs skjønn ved vektleggingen av miljøhensyn i vindkraftsaker.

Grunnloven § 110 b første ledd sier at:

*«Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævnne og Mangfold bevares» og at «Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsigtig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.»*

Bestemmelsen slår fast tre viktige miljøverdier: For det første gir den enhver rett til en viss miljøkvalitet. For det andre gir bestemmelsen også uttrykk for å verne allmenne miljøinteresser uten tilknytning til konkrete rettighetshavere. For det tredje skal den ivareta fremtidige generasjoners rett på den miljøkvalitet vi har i dag.

Slik bestemmelsen er formulert, gir den både en rett for borgerne og setter en plikt til myndighetene. Men innebærer dette at § 110 b kan utgjøre et selvstendig rettsgrunnlag i vindkraftsaker? Svarer beror på om et konsesjonsvedtak kan settes til side av domstolene alene med henvisning til i Grl. § 110 b, dersom NVE tilsynelatende har lagt for liten vekt

---

<sup>147</sup> Se utførlig drøftelse i Fleischer 1999 s. 47–61, Backer 2002 s. 53–57, Bugge 2006 s. 74–78 og Fauchald.

på de miljøskadene som et vindkraftverk vil medføre. Av vesentlig betydning er hvilket motiv Stortinget som lovgiver har hatt bak vedtakelsen av bestemmelsen.

Forarbeidene gir uttrykk for at bestemmelsen skulle være noe mer enn en ren programerklæring. Grunnloven § 110 b skulle også ha rettslig betydning ved tolkingen av konkrete lover og «*legge bånd på forvaltningen ved å være retningsgivende når et forvaltningsorgan utøver myndighet etter fritt skjønn*».<sup>148</sup> At § 110 b skal være retningsgivende ved utøvelse av forvaltningsskjønn, taler for at den setter en rettslig skranke ved NVEs interesseavveining i en vindkraftsak. Juridisk litteratur er samstemte om at § 110 b setter grunnleggende normer som forvaltningen må holde seg innenfor ved konkret skjønnsutøvelse.<sup>149</sup> Dette tilsier at et konsesjonsvedtak som tillater utbygging av et vindkraftverk som vil ha store miljømessige skadevirkninger, og hvor dette ikke i tilstrekkelig grad er vektlagt av NVE, er i strid med rettsplikten som følger av § 110 b. Men er dette tilstrekkelig til at domstolene vil kunne anvende § 110 b og slik sette til side et konsesjonsvedtak, med den begrunnelsen at skjønnsutøvelsen har vært *rettsstridig*?

I Rt. 1993 s. 321 bekreftet Høyesterett at § 110 b vil være en relevant rettskilde ved spørsmål om hvilken betydning et godt natur- og livsmiljø skal tillegges. I Rt. 1993 s. 528 behandlet Høyesterett spørsmålet om § 110 b kunne anvendes ved tolkingen av en konkret lov og videre bestemmelsens forhold til den alminnelige forvaltningsrett. I dommen anvendte Høyesterett bestemmelsen som en understøttende rettskilde for utvidende tolking av lovtekst, og uttrykte samtidig at bestemmelsen vil gjelde på tvers av alle sektorer som kan ha virkning for miljøet. Høyesterett har imidlertid aldri tatt konkret stilling til om § 110 b alene kan anføres som ugyldighetsgrunn.

Hva sier så juridisk litteratur? Fleischer er klar i sin tale og mener at «*[h]vis det ikke tas tilstrekkelige hensyn til de berørte interesser, blir det dermed et rettsbrudd – som etter*

---

<sup>148</sup> Innst.S. nr. 163 (1991–1992) s. 6.

<sup>149</sup> Se Fleischer 1999 s. 58–59, Backer 2002 s. 55, Bugge 2006 s. 77–78 og Fauchald s. 33.

*vanlige prinsipper skulle kunne få konsekvenser for forvaltningsvedtakets gyldighet».*<sup>150</sup> Backer gir uttrykk for en mer restriktiv forståelse og hevder at bestemmelsen først og fremst vil virke som et *direktiv* til forvaltningen som setter krav til skjønnsutøvelsen. Han påpeker at dette gir domstolene et nytt «*redskap i kontrollen med forvaltningen*», men han mener dette først og fremst må gjelde kontrollen med tilblivelsen av et vedtak. Med hensyn til § 110 b som en skranke for forvaltningens skjønn, hevder Backer at det bare er «*unntaksvis at Grl. § 110 b kan gi selvstendig grunnlag for materielle miljøverdier*».<sup>151</sup> Bugge tar på sin side et mellomstandpunkt. Etter hans mening må det være mulig å anføre § 110 b hvis et vedtak åpenbart setter budet i bestemmelsens første ledd til side. Men han påpeker at det skal nok «*svært mye til før en domstol finner grunnlag for å anvende bestemmelsen på denne måten, hvis resultatet er saklig begrunnet og skjønnet i det hele framstår som forsvarlig*».<sup>152</sup> Siste skudd på stammen i debatten om miljøbestemmelsen kommer fra Fauchald. Etter hans syn er § 110 b mer å anse som et tolkingsmoment ved anvendelse av kompetansegrunnlaget «*enn som et selvstendig grunnlag for å sette et forvaltningsksjønn til side*».<sup>153</sup>

Legger man til grunn Fleischers synspunkt, vil § 110 b innebære en vesentlig skranke for NVEs vektlegging av de berørte hensyn i en vindkraftsak. Dette samsvarer også med forarbeidene, som ga uttrykk for at bestemmelsen skulle legge bånd på forvaltningens skjønnsutøvelse. Dersom bestemmelsen kun skal fungere som en retningslinje for forvaltningsksjønnet, hvor domstolene ikke kan prøve om miljøhensyn er vektlagt i stor nok grad, vil motivene bak bestemmelsen ikke gis noen realitet.

På den andre siden kan det spørres om domstolene er egnet til å prøve om et forvaltningsvedtak vil være i strid de miljøverdiene som § 110 b første ledd gir uttrykk

---

<sup>150</sup> Fleischer 1999 s. 59.

<sup>151</sup> Backer 2002 s. 54–57.

<sup>152</sup> Bugge 2006 s. 78.

<sup>153</sup> Fauchald 2007 s. 61.

for.<sup>154</sup> Det avgjørende er om det kan utledes et minimumskrav som NVE er forpliktet til å overholde.<sup>155</sup> Som det ble vist til ovenfor, gir bestemmelsen bl.a. uttrykk for retten til en viss miljøkvalitet.<sup>156</sup> Spørsmålet er om temaet egner seg for domstolskontroll, eller om det er en vurdering som krever politisk overveielse og et bredt faglig skjønn.

Vi har sett at en av hovedgrunnene til at NVE innvilger vindkraftverk konsesjon, er den miljøvennlige kraftproduksjonen. Grunnloven § 110 b første ledd gir uttrykk for verdier både i forhold til klimahensyn og til bevaring av naturens mangfold, men gir ikke anvisning på noen prioritering mellom dem. NVEs avveining mellom klimahensyn og andre miljøhensyn egner seg følgelig ikke for domstolskontroll. Det kan derfor argumenteres for at verdiene som kommer til uttrykk i § 110 b første ledd, er for upresise til å kunne håndheves av domstolene.<sup>157</sup>

Mot dette er det hevdet i juridisk teori at mangel på presisjon ikke har vært noe avgjørende argument mot å anse generelle normer for å inneholde rettslige minimumskrav.<sup>158</sup> Det må kunne fastsettes en grense for når et vindkraftverk vil medføre så store miljømessige skadevirkninger at vedtak vil komme i konflikt med den konstitusjonelle funksjonen til § 110 b. Gode grunner taler for å legge til ”mellomstandpunktet”. Dersom NVE i en konsesjonssak ikke vektlegger en skadevirkning, som *åpenbart* vil forringe miljøkvaliteten i lokaliseringsområdet, kan vedtaket kunne settes til side som ugyldig.

Det kan også spørres om det at vindkraftkonsesjoner behandles av en lov som i stor grad nedprioriterer miljøhensyn, i seg selv er i strid med § 110 b tredje ledd. Bestemmelsen må forstås slik at Stortinget ikke har adgang til å gi miljøverninteresser en så svak stilling i

---

<sup>154</sup> Se mer om domstolsperspektivet i Fauchald s. 33–37.

<sup>155</sup> Fauchald uttrykker dette som *minimumsnormer* i § 110 b, jf. s. 37 flg.

<sup>156</sup> Spørsmålet har berøringspunktet med rettssikkerhetsmålsetningen oppstilt i kap. 1.4.1, ettersom § 110 b gir uttrykk for en kvalitativ minstestandard for miljøvern.

<sup>157</sup> Igjen ser vi at konflikten mellom forskjellige miljøhensyn i vindkraftsaker er et forhold som vanskeliggjør domstolenes kontroll med NVEs vurdering av miljøhensyn.

<sup>158</sup> Se Fauchald s. 38 som sammenligner § 110 b med vernet om hjem og privatliv etter EMK art. 8.

loven at retten til en viss miljøkvalitet i første ledd blir uten realitet. Fleischer uttrykker det slik at man kan tenke seg et selvstendig rettskrav etter § 110 b «*i tilfeller der lovgiveren ikke i tilstrekkelig grad har vurdert de aktuelle miljøspørsmål*».<sup>159</sup> Energiloven ble riktignok vedtatt før § 110 b, men dette endrer ikke grunnlovbestemmelsens henvisning i tredje ledd som legger et ansvar for lovgiver å sikre at miljøverdiene blir overholdt. Da energiloven ikke inneholder eksplisitt henvisning til miljøhensyn, verken i formålsparagrafen eller den aktuelle forbudsbestemmelse, kan man spørre om Stortinget har vurdert miljøhensynene i den utstrekning som § 110 b krever.

Alt i alt kan det fastslås at § 110 b er en viktig bestemmelse, ettersom den gir miljøinteresser beskyttelse gjennom vår ranghøyeste norm. Det er imidlertid en rettslig svakhet at den verdiriktighet som § 110 b gir uttrykk for, vanskelig kan legge direkte føring på forvaltningens enkeltsaker. Men dersom en vindkraftsak har et stort miljømessig skadepotensial, og hvor en gjennomføring *åpenbart* vil stride mot bestemmelsens budskap, taler gode grunner for at domstolene kan tilsidesette konsesjonsvedtaket som ugyldig med henvisning til § 110 b.

#### 4.4 Internasjonale konvensjoner

I de senere år har fokuset på et globalt samarbeid for å begrense miljøskader blitt større. Norge har i den forbindelse forpliktet seg til flere internasjonale konvensjoner som gir miljøinteresser vern mot inngrep.<sup>160</sup> Spørsmålet som skal drøftes i det følgende, er om slike folkerettslige forpliktelser innebærer en rettslig skranke for NVE kompetanse til å innvilge konsesjon til vindkraftverk som vil medføre store miljøskader. Det dreier seg ikke om en drøftelse tilknyttet innholdet av konkrete konvensjoner eller konvensjonsbestemmelser, men en undersøkelse av om våre konvensjonsforpliktelser vil skjerpe de rettslige rammene i vindkraftsaker.

---

<sup>159</sup> Fleischer 1999 s. 60.

<sup>160</sup> Se f.eks. Bernkonvensjonen og Biodiversitetskonvensjonen.

Dette kapitlet reiser et prinsipielt juridisk spørsmål – i hvilken grad folkerettslige forpliktelser er bindende ved utøvelse av forvaltningsmyndighet. Hovedregelen er at norsk rett og folkeretten er selvstendige og uavhengige av hverandre. Dette dualistiske utgangspunktet har vært gjenstand for stor debatt i Norge, men det er i dag neppe grunnlag for å hevde at folkeretten er en del av norsk rett.<sup>161</sup> Dette innebærer bl.a. at norsk rett skal legges til grunn ved direkte motstrid med en folkerettslig forpliktelse.<sup>162</sup>

En konsekvens av dualismen er at ansvaret for å oppfylle en traktatforpliktelse ligger hos den enkelte stat. Det generelle utgangspunktet og en fundamental regel i folkeretten er at partene i en traktat skal tilpasse lovene, de politiske strategiene, samt forvaltningstiltakene, slik at de stemmer overens med den folkerettslige forpliktelse. Dette kan enten skje gjennom transformasjon eller inkorporasjon av den aktuelle konvensjon.<sup>163</sup> Miljøretten er imidlertid preget av rammelover og enkeltsaker, noe som innebærer at det som regel ikke er nødvendig med lovendringer for at den interne rett skal samsvare med den aktuelle konvensjonen. Oppfyllelsen av de folkerettslige forpliktelsene skjer derfor ved såkalt *passiv transformasjon*.<sup>164</sup> Det vil si at rettsharmonien skjer gjennom nødvendige endringer i forskrifter, instruksjoner eller ved omlegging av praksis. Majoriteten av de konvensjoner som har miljøvernformål, er ikke blitt gjennomført ved egne rettsakter i Norge.<sup>165</sup> Spørsmålet i vår sammenheng er om den passive transformasjonen er tilstrekkelig for å sikre at NVE overholder den verdiriktighet som følger av de folkerettslige forpliktelsene.

Det fremgikk av kapittel 3 at energiloven pålegger NVE å trekke inn miljøskadene, og videre at loven åpner for at miljøskader kan gis utslagsgivende vekt. Energilovens bestemmelser harmoniserer således med våre folkerettslige forpliktelser. Energiloven

---

<sup>161</sup> Se Ruud/Ulfstein s. 53 med videre henvisninger.

<sup>162</sup> Det dualistiske utgangspunktet modifiseres imidlertid av det såkalte *presumsjonsprinsippet*. Se mer detaljert i Eckhoff s. 315–325, Fleischer 2005 s. 360 og Ruud/Ulfstein s. 64–66.

<sup>163</sup> Se mer om forskjellen i Ruud/Ulfstein s. 58 flg.

<sup>164</sup> Termen er hentet fra Helgesen s. 57.

<sup>165</sup> Som en felles gjennomføringsakt ble GrL. § 110 b vedtatt.

inneholder imidlertid ingen bestemmelser som viser til begrensninger mht. folkerettslige forpliktelser. Det foreligger dessuten ingen overordnet instruks som pålegger NVE til å ta hensyn til internasjonale konvensjoner. Det er derfor overlatt til NVE å tilpasse sin praksis etter de relevante konvensjoner.

I juridisk teori er en oppfatning at traktatene i seg selv må ses som «*bindende instruks for norske forvaltingsorganer i deres skjønnsmyndighet*». <sup>166</sup> Dette innebærer i så fall at NVE må ta hensyn til våre folkerettslige forpliktelser når de vurderer skadeomfanget et vindkraftverk vil medføre. At ratifikasjonen av en folkerettslig forpliktelse er overlatt til direktoratnivå, er imidlertid i seg selv et forhold som taler for begrensninger i rettssikkerheten. Et illustrerende eksempel er Smøla-saken mht. forpliktelsene etter Bernkonvensjonens bestemmelser. Her sier art. 6:

*«Each Contracting Party shall take appropriate and necessary legislative and administrative measures to ensure the special protection of the wild fauna species specified in Appendix II.»*

Norge – som har ratifisert konvensjonen – er forpliktet til å gi arter som er oppført på liste II i konvensjonen, et strengt vern og sikre deres leveområder. Uten lovgivning eller instruks er imidlertid overholdelse av denne forpliktelsen overlatt til forvaltningens skjønn i enkeltsaker. I Smøla-saken var det klart at det var en stor risiko for at vindkraftverket kunne medføre skader for havørnbestanden i området. Til tross for dette skadepotensialet, og det faktum at havørn var oppført på listen over truede dyrearter, ble vindkraftverket gitt konsesjon. NVE konkluderte: «*Det er liten grunn til å tro at havørnas status i Norge vil bli endret selv om en del par fortrennes fra sine hekkeplasser på Smøla.*» <sup>167</sup> At det i ettertid viste seg at vindkraftutbyggingen medførte betydelig større skadevirkninger overfor havørnen på Smøla, gir grunn til å hevde at den passive

---

<sup>166</sup> Backer 2002 s. 44. I samme retning Bugge 2006 s. 53.

<sup>167</sup> Se konsesjonsvedtaket til Smøla s. 31.

transformasjonen ved at lovgiver har overlatt forpliktelsen etter Bern-konvensjonens art. 6 til NVEs skjønn, ikke er et tilstrekkelig virkemiddel for å sikre at Norge overholder konvensjonens krav.

Spørsmålet videre er om domstolene kan tilsidesette et konsesjonsvedtak, dersom det innebærer konflikt med folkerettslige forpliktelser. Høyesterettspraksis kan tolkes slik at folkerettslige forpliktelser er rettslig bindende for skjønnsutøvelsen. I Rt. 1982 s. 241 påpeker Høyesterett at de begrensninger som følger av domstolenes prøvelse av forvaltningskjønnet, ikke er til hinder «*for at domstolene fullt ut prøver om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler*». <sup>168</sup> Dette innebærer at domstolene kan overprøve NVEs hensiktsmessighetsskjønn når det gjelder overholdelse av våre folkerettslige forpliktelser, og sette vedtaket til side dersom det innebærer konvensjonsbrudd. <sup>169</sup>

Spørsmålet er imidlertid om dette har mer teoretisk enn praktisk betydning. Om et vindkraftverk vil medføre skadevirkninger som innebærer konvensjonsbrudd, er i stor grad en avgjørelse som beror på antagelser. Selv om det er slått fast at domstolskontrollen ikke er begrenset i et slikt henseende, kan forvaltningens vurdering vanskelig overprøves. Dette må iallfall gjelde for vindkraftverk ettersom de faktiske skadevirkningene først vil vise seg etter en viss driftsperiode. Det finnes kun ett tilfelle hvor Høyesterett har anvendt Bern-konvensjonen i sin rettsanvendelse. <sup>170</sup> Saken gjaldt imidlertid ulovlig felling av to jerver, noe som klart kunne påvises som konvensjonsbrudd. Høyesterett vil mest sannsynlig være tilbakeholdne til å overprøve forvaltningens vurdering dersom den i stor grad beror på faglige antagelser. Dette tilsier at domstolsprøvelse vil kun bli aktuelt hvor det er *åpenbart* at en konsesjon vil medføre konvensjonsbrudd.

---

<sup>168</sup> Rt. 1982 s. 241 (på s. 257–258) – *Alta-sak II*.

<sup>169</sup> Se mer om dommen i Fleischer 2005 s. 374–375.

<sup>170</sup> Se Rt. 1992 s. 346.

Etter dette kan det fastslås at internasjonale konvensjoner kun i begrenset utstrekning innskrenker rammene til NVEs skjønnsvurdering. I Smøla-saken viser riktignok NVE til at Norge har et ansvar for å ivareta havørnen etter Bern-konvensjonen, men vurderer kollisjonsfaren som så liten at konsesjon ikke innebærer noen konflikt med dette ansvaret.<sup>171</sup> Dette skjønnnet – som beror på antagelser – er ikke tilstrekkelig for å sikre at vi overholder våre konvensjonsforpliktelser. Til tross for at vi har forpliktet oss til en rekke konvensjoner med miljøvernformål, innebærer dette kun i begrenset utstrekning en styrket rettssikkerhet for de berørte miljøinteressene i vindkraftsaker.

## 4.5 Miljørettslige prinsipper

### 4.5.1 Innledning

En følge av at miljøretten er preget av vide fullmaktslover, er at det har blitt utviklet en rekke rettslige prinsipper med miljøvernformål.<sup>172</sup> Slike miljørettslige prinsipper kan ha rettslig betydning i flere relasjoner: For det første kan de virke som et rettspolitisk program i *lovgivningsprosessen*, ved at prinsippene setter overordnede miljømålsettinger som ønskes gjennomført. Lovgiver kan enten henwise til et miljøprinsipp i lovteksten eller utforme lovbestemmelsene i samsvar med dets innhold. For det andre kan et miljørettslig prinsipp være en relevant faktor ved *rettsanvendelsen*. Da beror miljøprinsippets rettskildemessige verdi på om det kan anses som en ulovfestet norm som det kan utledes konkrete rettsvirkninger fra. Spørsmålet som skal drøftes i det følgende, er i hvilken grad miljørettslige prinsipper setter en rettslig skranke for NVEs skjønnsutøvelse. Det er tatt et utvalg av tre miljørettslige prinsipper som antas å ha størst relevans i vindkraftsaker.

---

<sup>171</sup> Se konsesjonsvedtaket til Smøla vindkraftverk s. 30–31.

<sup>172</sup> Bugge 2006 s. 59–74 gir en omfattende innføring i miljørettslige prinsipper.

#### 4.5.2 Integrasjonsprinsippet

I kapittel 2.1 ble det vist til integrasjonsprinsippet som et krav om at miljøkonsekvenser skal utredes før vedtak treffes. Dette kan betegnes som prinsippet *prosessuelle* side. Det følger også en *materiell* side av integrasjonsprinsippet, som i kortfattet form går ut på at de integrerte miljøkonsekvenser pliktes vurdert og vektlagt. Spørsmålet her er om prinsippet kan legge føring for hvilken vekt en miljømessig skadevirkning skal tillegges i møte med andre hensyn i vindkraftsaker. Med andre ord: Kan domstolene med grunnlag i integrasjonsprinsippet tilsidesette et konsesjonsvedtak dersom NVE tilsynelatende har tillagt en stor miljøskade liten vekt i forhold til andre hensyn?

Svaret vil i første omgang bero på en tolking av om prinsippet kommer til uttrykk i hjemmeloven. Vi har i kapittel 3.3 sett at energiloven sikrer at NVE trekker inn de potensielle miljøskader som et vindkraftverk kan medføre i vurderingsgrunnlaget. Men hvor stor vekt miljøskader skal tillegges i forhold til den samfunnsgagnlige nytte, er overlatt til NVEs skjønn. Det kan derfor fastslås at integrasjonsprinsippet *materielle* side ikke har fått formelt fotfeste i energiloven. Kan det allikevel hevdes at NVE plikter å gi miljøskader et visst gjennomslag i interesseavveining med begrunnelse i integrasjonsprinsippet som et ulovfestet norm?

Det kan først konstanteres at Høyesterett ikke har tatt stilling til spørsmålet. På den politiske arena er det imidlertid bred enighet om at miljøproblemer må prege forvaltningsbeslutninger på tvers av de ulike sektorer. Dette blir i juridisk litteratur brukt som et argument for at integrasjonsprinsippet kan gi rettsvirkninger også som et ulovfestet prinsipp.<sup>173</sup> Dette tilsier at integrasjonsprinsippet har fått så stor legitimitet at NVE plikter å legge vesentlig vekt på de miljøkonsekvensene et omsøkt vindkraftverk kan medføre, i sin konsesjonsavgjørelse, noe som også kan overprøves av domstolene. Men om dette kan tas til inntekt for at integrasjonsprinsippet alene kan anføres som et grunnlag for at en miljøskade er tillagt for liten vekt, er mer tvilsomt. Selv om integrasjonsprinsippet stiller

---

<sup>173</sup> Se Backer 2002 s. 60 og Bugge 2006 s. 66.

krav om at miljøkonsekvenser skal vektlegges, kan domstolene vanskelig overprøve NVEs vurdering om miljøskadene er akseptable i forhold til den samfunnsgagnlige nytte. Dette må særlig gjelde ettersom energiloven gir uttrykk for at miljøhensyn er et subsidiært tema ved interesseavveiningen.

Selv om integrasjonsprinsippet kan oppstilles som en ulovfestet norm som stiller krav om at miljøskader skal tillegges vekt av forvaltningen, foreligger det mangler ved prinsippets rettskildemessige grunnlag som sikrer at miljøhensyn gis et visst gjennomslag i forhold til andre hensyn. En annen sak er at integrasjonsprinsippet kan anvendes som en understøttende faktor for andre rettsgrunnlag som krever at miljøhensyn prioriteres. For eksempel underbygger Grl. § 110 b integrasjonsprinsippet, og som det skal vises til nedenfor, kan integrasjonsprinsippet utledes av prinsippet om en bærekraftig utvikling. Det er derfor grunn til å hevde at domstolene kan trekke inn integrasjonsprinsippet som en understøttende faktor ved anvendelsen av andre rettsgrunnlag som krever at miljøskader gis et visst gjennomslag.

#### 4.5.3 Prinsippet om en bærekraftig utvikling

Med en bærekraftig utvikling forstår man en utvikling som imøtekommer dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at *kommende generasjoner* skal få dekket sine behov.<sup>174</sup> Definisjonen er hentet fra Brundtland-kommisjonens rapport fra 1987 *Vår felles framtid*, hvor prinsippet fikk sitt offisielle gjennombrudd.<sup>175</sup> I et miljøperspektiv innebærer prinsippet at fremtidige generasjoner skal ha samme rett til den miljøkvalitet som vi har i dag. Da prinsippet ble presentert i Brundtland-kommisjonens rapport, var det et program for *globale reformer* som var utredningstemaet. Men for at prinsippet skal kunne etterleves, er det nødvendig at de enkelte staters miljøforvaltning skjer i prinsippets ånd. De

---

<sup>174</sup> Prinsippets gjennomslag i norsk rett er behandlet i bl.a. Backer 2002 s. 51–53 og Bugge 2006 s. 61–65.

Når det gjelder prinsippets rettslige betydning i internasjonal rett, vises det til Voigt.

<sup>175</sup> Jf. *Vår felles framtid*, norsk utg. s. 42.

langsiktige virkninger som et tiltak vil medføre overfor miljøet, må derfor *integreres* i interesseavveiningen ved all miljøskadelig forvaltningsutøvelse.

Overfører man således prinsippets budskap til NVEs vindkraftforvaltning, vil det være to nøkkelmomenter som gjør seg gjeldene: For det første må NVE legge vekt på behovet for økt fornybar kraftproduksjon i tråd med en klimavennlig utvikling. For det andre må NVE ikke gi konsesjon på bekostning av eksistensen til andre miljøinteresser, slik at fremtidige generasjoner ikke gis det samme naturressursgrunnet som vi har i dag. Om prinsippet om en bærekraftig utvikling innebærer en rettslig skranke, slik at NVE plikter å avslå konsesjon ved sistnevnte tilfelle, er temaet for drøftelsen i det følgende.

Også her vil utgangspunktet for drøftelsen bero på en tolking av energilovens bestemmelser. Prinsippet er ikke eksplisitt nevnt, verken i loven eller i forarbeidene, slik at det må drøftes prinsippets budskap kan utledes fra lovbestemmelsenes formulering. Som vi har sett, viser formålsparagrafen til en samfunnsmessig rasjonell energiforvaltning, hvor det skal tas hensyn til de interesser som blir berørt. På den ene side kan det argumenteres for at kravet om et bærekraftig perspektiv i miljøsaker er blitt så anerkjent at det vil være en naturlig del av vurdering om hva som er samfunnsmessig rasjonelt. På den andre siden gir ikke energiloven eller forarbeidene uttrykk for at det skal tas hensyn til langsiktige virkninger i vurderingen. Derfor er det tvilsomt om formuleringen av energilovens formålsparagraf kan tas til inntekt for at det skal tas hensyn miljøskadene i et bærekraftig perspektiv.

Man kan således spørre om prinsippet kan legge rettslig føring på skjønnsutøvelsen i kraft av å være et ulovfestet norm med rettsvirkninger. Her hersker det stor tvil, og Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet. Juridisk teori er også uklar. En teori er at prinsippet har mer preg av å være en politisk programerklæring, enn et konkret rettsgrunnlag.<sup>176</sup> Et annet syn er at prinsippet også har rettslig betydning selv om det ikke har kommet til uttrykk i det

---

<sup>176</sup> Se Backer 2002 s. 53.

konkrete hjemmelsgrunnlaget.<sup>177</sup> Dette begrunnes med den politiske tilslutningen prinsippet har fått de senere år, slik at det vil komme inn som et sterkt *reelt hensyn* ved lovanvendelsen. Men innebærer dette at domstolene kan kjenne et konsesjonsvedtak som ugyldig alene med henvisning til bærekraftig utvikling som et ulovfestet prinsipp? Svaret beror bl.a. på om de budskap som kan utledes av prinsippet, egner seg for domstolsprøvelse.

Slik prinsippet om en bærekraftig utvikling fremstår i sin ulovfestede form, er det flere forhold som ikke egner seg for domstolsprøvelse. Prinsippets hovedbudskap er at det skal legges avgjørende vekt på en miljøforvaltning som ivaretar behovet til kommende generasjoner. I vindkraftsaker vil som regel hensynet til klimatiltak stå imot hensynet til bevaring av bl.a. biologiske mangfold. Prinsippet gir ingen retningslinjer for hvilken interesse som skal prioriteres. Men i sin rendyrkede form, og slik det ble anvendt i Brundtland-rapporten, er nok prinsippet oppfattet som et klimafremmende budskap. Da NVE både kan vektlegge klima- og vernehensyn, kan domstolene vanskelig overprøve NVE prioritering. Det kan derfor argumenteres for at prinsippet best egner seg som et budskap og en retningslinje for lovgiver, enn som en rettslig skranke for NVEs prioritering av ulike miljøhensyn i enkeltsaker.

Mot dette kan det argumenteres at domstolene kan ha grunnlag til å konstantere konflikt med prinsippet i enkelte tilfeller. Hvor vindkraftverk plasseres, kan ha avgjørende betydning når det gjelder de miljømessige skadevirkningene. Dersom NVE står overfor et vindkraftverk som planlegges lokalisert til et område hvor det er stor sannsynlighet for at miljøinteressene i området kan bli vesentlig redusert eller utryddet, er det gode grunner for å hevde at prinsippet kan gis rettslig virkning.

Men også her er det flere kompliserende forhold som vanskeliggjør domstolskontrollen. For det første kan det være ulike meninger om hvor stor skadevirkning som må foreligge,

---

<sup>177</sup> Se Bugge 2006 s. 65.

før det er tale om begrensning av kommende generasjoners opplevelse av miljøverdien. Dersom en vindkraftutbygging vil redusere havørnbestanden med eksempelvis 10 prosent, vil dette være i strid med prinsippet om en bærekraftig utvikling? For det andre vil det sjelden kunne fastslås med sikkerhet hvor omfattende miljøskader en vindkraftutbygging vil medføre. Spørsmålet er da hvor stor grad av sannsynlighet for vesentlig reduksjon eller utryddelse som må foreligge, før konsesjonsvedtaket vil stride mot kravet om en bærekraftig utvikling.

Begge forholdene vil i stor grad bero på et faglig skjønn, og egner seg derfor best utenfor domstolene. Men dersom et konsesjonsvedtak *åpenbart* vil medføre en vesentlig reduksjon av kommende generasjoners mulighet til å oppleve naturverdiene, er det grunn til å hevde at domstolene kan tilsidesette vedtaket under henvisning til konflikt med den bærekraftige utvikling som en ulovfestet norm. Men det gjenstår å se hvordan domstolene forholder seg til spørsmålet.

#### 4.5.4 Føre vår-prinsippet

Føre vår-prinsippet, eller *the precautionary principle*, er også ansett som et av hovedprinsippene i miljøretten.<sup>178</sup> Slik tilfellet er for de til nå behandlede prinsippene, har også føre vår-prinsippet kommet til uttrykk i flere rettsregler, både nasjonalt og internasjonalt. Det finnes ingen klar definisjon av føre vår-prinsippet, men som et utgangspunkt kan det sies å gå ut på at miljøskader skal *forebygges* før de inntre.<sup>179</sup> Med hensyn til utøvelse av forvaltningsmyndighet innebærer dette et krav om *varsomhet* i de tilfeller det er *usikkert* hvor omfattende miljøskader et vedtak vil medføre. I innledningen til stortingsmeldingen om miljøpolitikken og rikets miljøtilstand uttales det at «*når miljøkonsekvensene er usikre, må tvilen komme miljøet til gode*».<sup>180</sup> Føre vår-prinsippet er dermed primært et prinsipp for håndtering av *usikkerhet*. Hvor omfattende miljøskader det

---

<sup>178</sup> Se Backer 2002 s. 62–66 og Bugge 2006 s. 68–74.

<sup>179</sup> Se Bugge 2006 s. 68.

<sup>180</sup> St.meld. nr. 25 (2002–2003) s. 1.

må være snakk om før prinsippet gis relevans, vil bero på en konkret vurdering. Satt i sammenheng med prinsippet om en bærekraftig utvikling – hvor det er *fare* for alvorlige eller irreversible miljøskader – er det på det rene at føre vår-prinsippet er relevant for enhver forvaltningsmessig rettsanvendelse og skjønnsutøvelse. Spørsmålet som skal drøftes, er om føre vår-prinsippet innebærer en rettslig skranke som pålegger NVE å avslå konsesjon i de tilfeller det er fare for store miljøskader, selv om det knytter seg usikkert til om skadene vil inntreffe.

I likhet med andre miljørettslige prinsipper har føre vår-prinsippet først og fremst adresse til lovgiver. Et rettsliggjort krav om at tvil skal komme miljøet til gode, vil være mest effektivt for å forebygge miljøskader. Men som tidligere påpekt preges lovgivningen på miljørettens område av vide rammelover, og av energiloven kan det vanskelig utledes et krav om at NVE plikter å avslå konsesjon ut i fra budskapet til føre vår-prinsippet. Derfor er det nødvendig at prinsippet kan anvendes som et ulovfestet norm som legger føring på *rettsanvendelsen og forvaltningskjønnet*. Men kan det hevdes at NVE plikter å avslå en konsesjon i et slikt tilfelle med grunnlag i føre vår-prinsippet som et ulovfestet prinsipp?

I de senere år har føre vår-prinsippet fått stort politisk gjennomslag. Dette bevitnes av ovennevnte stortingsmelding, som uttrykkelig understreker at miljøvernpolitikken bygger på føre vår-prinsippet. Denne politiske oppslutningen vil klart styrke prinsippets verdi som en bindende rettsregel for all miljøskadelig forvaltningsvirksomhet. Men om dette innebærer at domstolene har grunnlag til å tilsidesette en vindkraftkonsesjon med begrunnelse i føre vår-prinsippet, er imidlertid ikke like klart.

I en tingsrettsdom inntatt i RG 2000 s. 1125 kan man se at et vedtak som stadfestet fellingstillatelse av to ulver, ble kjent ugyldig. Retten begrunnet sin avgjørelse bl.a. med grunnlag i føre vår-prinsippet og uttalte:

*«Kanskje vil felling bare være en tidsforskyvning, men det er et bærende element innen viltforvaltning at "føre vår"-prinsippet skal gjelde idet man*

*etter foretatt felling ikke kan gjenopprettholde den tidligere faktiske situasjon dersom utviklingen likevel skulle bli en annen enn formodet. 'Føre var' innebærer i denne sammenheng at ved avveining av hensynet til å sikre overlevelse mot en sannsynlighet om at felling bare vil være en tidsforskyvning, skal hensynet til å sikre arten gå foran.»<sup>181</sup>*

Retten kom altså til at beslutningsmyndigheten pliktet å legge vekt på føre vår-prinsippet, og dette til tross for at prinsippet verken var kommet til uttrykk i viltloven eller de relevante forskrifter som lå til grunn for vedtaket. Dette viser at domstolene er tilbøyelige til å gi føre vår-prinsippet rettvirkning også som et ulovfestet prinsipp.

Dommen omhandler imidlertid et tilfelle hvor det var ikke var tvil om hvilke miljøkonsekvenser vedtaket ville medføre, nemlig at ulvebestanden ville reduseres med ti prosent. For vindkraftsakers anliggende vil det virkelige omfanget av miljøskader først vise seg etter en viss driftsperiode. Betyr dette at domstolene har begrenset adgang til å sette til side en vindkraftkonsesjon med henvisning til føre vår-prinsippet, ettersom det er nærmest umulig å forutse hvor omfattende miljøkonsekvenser et vindkraftverk faktisk vil medføre? Dette må besvares benektende, ettersom det nettopp er krav til varsomhet i slike tilfeller som er kjernen i før vår-prinsippet. I det tilfelle NVE gir konsesjon til tross for at saksframlegget viser at det er fare for at betydelige miljøskader, men hvor det er usikkert om skadene vil inntreffe, taler gode grunner for at domstolene kan sette vedtaket til side. I allfall må prinsippet kunne anvendes som et understøttende argument for ugyldighet sammen med Grl. § 110 b eller andre miljørettslige prinsipper.

#### 4.6 En samlet vurdering

Dette kapitlet reiste problemstillingen om andre rettsgrunnlag vil sikre at det ikke bygges ut vindkraftverk som vil medføre store miljøskader. Drøftelsen har vist at andre rettsgrunnlag

---

<sup>181</sup> Se RG 2000 s. 1125 (på s. 1138).

styrker rettsikkerheten til de berørte miljøinteresser i vindkraftsaker, men kun i begrenset utstrekning.

Når det gjelder særlovene, gir disse uttrykk for en god rettslig beskyttelse av de aktuelle miljøinteressene. Men som det fremgikk av drøftelsen, vil denne rettsikkerhetsverdien først og fremst ha preventiv virkning. De særlige verne- og tillatelseskraav som følger av disse lovbestemmelsene, innebærer ingen rettslig garanti for at store skadevirkninger vil unngås. Den rettslige svakheten ligger i at anvendelsen av disse bestemmelsene også vil bero på en konkret skjønnsvurdering, hvor de samfunnsgagnlige hensyn som et vindkraftverk vil medføre, som regel vil gis tyngre vekt enn hensynet til miljøvern.

Videre har det også fremkommet at Grl. § 110 b, de internasjonale konvensjoner samt de miljørettslige prinsipper også gis begrenset virkning i vindkraftsaker. En forklaring ligger i de vage og mer overordnede miljøbudskap som de ulike rettsgrunnlagene gir uttrykk for. Vi har sett at både miljøvernkonvensjoner og miljørettsprinsippene er utformet mer som overordnede miljømålsettinger fremfor konkrete rettsplikter. Slike rettsgrunnlag betegnes som *soft law*, i motsetning til *hard law*, som innebærer at domstolene i liten utstrekning har grunnlag til å overprøve den rettslige overholdelsen i forbindelse med enkeltsaker.<sup>182</sup> Som det har fremkommet, retter slike rettsgrunnlag seg mer mot regelgiverne enn mot konkret forvaltningsrettslig skjønnsutøvelse. Det samme må sies å gjelde for Grl. § 110 b.

Når de ulike rettsgrunnlag er utformet slik at det kan oppstå tvil om det egentlig eksisterer noen rettslig plikt, er det få muligheter for at de blir overholdt på et direktoratnivå. NVE består i hovedsak av ikke-jurister, som har få faglige forutsetninger for å trekke inn og vurdere den rettslige betydningen av de behandlede rettsgrunnlagene i enkeltsaker. For at rettsgrunnlagenes verdiriktighet skal kunne etterleves i praksis, er det nødvendig at deres budskap operasjonaliseres gjennom lov, forskrift eller direktiver. På denne måten kan det

---

<sup>182</sup> Se Ruud/Ulfstein s. 78 og 283–284.

fastsettes klare rettsplikter, noe som òg gir domstolene større mulighet til å overprøve overholdelsen.

Alt i alt er drøftelsen tilstrekkelig for å kunne fastslå at de behandlede rettsgrunnlag ikke vil sikre at vindkraftverk med store skadevirkninger, ikke blir realisert. Det er kun i de tilfeller hvor et vindkraftverk vil medføre skadevirkninger som *åpenbart* vil komme i konflikt med slike rettsgrunnlag, at normene kan sette en rettslig skranke for NVEs konsesjonskompetanse. Dersom man ser isolert på NVEs konsesjonsbehandling, er det stor fare for at den politiske vindkraftsatsing vil skje på bekostning av en rekke miljøinteresser. Men som det ble påpekt i kapittel 2.2, må vindkraftverk som hovedregel også avklares etter plansystemet i plan- og bygningsloven. Det må derfor drøftes om denne særlige lovavklaringen, med Miljøverndepartementet som overordnet myndighet, vil sikre at miljøhensyn gis tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker. Dette er tema for drøftelsen i det kommende kapittel.

## 5 Plan- og bygningslovens krav om planavklaring i vindkraftsaker

### 5.1 Innledning med kapitlets problemstilling

Problemstillingen i dette kapitlet er *om plan- og bygningslovens krav om planavklaring vil sikre at det ikke bygges ut vindkraftverk som vil medføre store miljøskader*.<sup>183</sup>

Utbygging av vindkraftverk vil i stor grad kreve areal til disposisjon. Selve vindturbinene er forholdsvis lite arealkrevende og utgjør bare et mindre inngrep i landskapet. Men med en utbygging følger også diverse kraftledninger, kraftstasjoner og veitraseer som også vil medføre arealbeslag. For at vindutnyttelsen skal bli optimal, er det også nødvendig med en viss avstand mellom vindturbinene. De enkelte vindturbinene som samlet utgjør et vindkraftverk ses i sammenheng, slik at hele utbyggingsområdet er det faktiske areal som vindkraftverket vil beslaglegge. Det største vindkraftprosjektet som i dag behandles av NVE, er de tre søkte vindkraftprosjektene Havsul I, II og IV. Totalt vil vindparkene dekke 208 km<sup>2</sup> på Mørkysten utenfor Ålesund, noe som illustrerer hvor stort areal vindparker kan beslaglegge.

Som tidligere påpekt er tiltakshaver avhengig av *planavklaring* etter bestemmelsene i plan- og bygningsloven for at en vindkraftutbygging kan iverksettes. Dette vil si et krav om at utbyggingen er i overensstemmelse med fastsatte planer og planbestemmelser som regulerer det aktuelle utbyggingsområdet. Gjennom kravet om planavklaring vil de interessekonfliktene som et vindkraftverk kan medføre, underlegges en særskilt vurdering foretatt av den berørte kommune og fylkeskommune.<sup>184</sup> Denne vurderingen kommer dermed som et tillegg til den rolle som planmyndighetene innehar som høringsinstans i konsesjonsbehandlingen. En slik særskilt vurdering foretatt av planmyndighetene innebærer at spørsmålet om vindkraftverket medfører akseptable konsekvenser også

---

<sup>183</sup> Plan- og bygningsloven gjelder ut til grunnlinjene, jf. § 1. Grunnlinjen er definert som den ytterste linje som kan trekkes gjennom de ytterste skjær, holmer og øyer langs Norges kyst. Foreløpig er det ingen omsøkte vindkraftverk som planlegges lokalisert utenfor grunnlinjene.

<sup>184</sup> I det følgende omtalt som "planmyndighetene".

underlegges rettslig styring fra et lokalt ståsted. Som det fremgikk av kapittel 3, er energiloven sektor- og næringsrettet, hvor hensynet til berørte interesser kommer inn som et subsidiært hensyn i konsesjonsvurderingen. Plan- og bygningsloven er på sin side *sektorovergripende* i den forstand at planleggingen omhandler den helhetlige utviklingen i kommunene og fylkeskommunene, hvor ulike sektorvirksomheter og andre bruks- eller bevaringsformål kan ses i sammenheng. En slik overordnet vurdering kan bidra til en mer effektiv og fornuftig arealforvaltning. At planmyndighetene kan bestemme den fremtidige forvaltningen av utmarksområder, gjør kravet om arealavklaring til et viktig verktøy for ivaretagelse av miljøinteresser. Den juridiske litteratur refererer derfor til plan- og bygningsloven som «*vår viktigste miljøvernlov*».<sup>185</sup>

Når planmyndighetene skal fastsette innholdet i en plan, kan det følgelig oppstå interessekonflikter ved avgjørelsen. Loven legger derfor opp til en omfattende interesseavveining, hvor alle relevante hensyn må veies mot hverandre. Et særlig skille går mellom planvedtak som tillater utbygging og planvedtak som båndlegger områder til bevaringsformål. Dersom planmyndighetene tilrettelegger et område for utbygging av vindkraftverk, vil dette innebære at lokaliseringsstedet blir mindre egnet for andre bruks- eller bevaringsformål. Målet for planmyndighetene vil derfor være å finne kompromisser mellom de ulike interesser og politiske målsettinger i utformingen av planene. I vår sammenheng er det avgjørende spørsmålet om rettssikkerheten til miljøinteressene styrkes ved at utbyggingsspørsmålet underlegges en slik særskilt vurdering, foretatt av en annen myndighet enn NVE, og etter en lov med annet hovedformål enn energiloven. Svaret vil først og fremst bero på hvilke lovsatte rammer plan- og bygningsloven oppstiller for planmyndighetenes skjønnsvurdering i interesseavveiningen.

---

<sup>185</sup> Bugge 2006 s. 103.

## 5.2 Plan- og bygningslovens krav om arealavklaring

### 5.2.1 Unntak fra tillatelseskravet i pbl. § 93

Utgangspunktet for enhver byggesak er at det kreves søknad og tillatelse for gjennomføringen av utbyggingen etter pbl. § 93. Bestemmelsens første ledd regner opp hvilke tiltak som er søknadspliktige og slik avhengig av tillatelse, hvor anlegg for energiproduksjon som utgangspunkt faller inn under litra a. Utbyggingstiltak som omfattes av tillatelseskravet i § 93, er underlagt bestemmelsene i lovens kapittel XVI, som omhandler byggesaksbehandlingen, ansvar og kontroll.<sup>186</sup>

Utbygging av vindkraftverk omfattes i utgangspunktet av § 93, men er gjennom *Forskrift om saksbehandling og kontroll av byggesaker* unntatt fra tillatelseskravet.<sup>187</sup> Det følger av forskriftens § 7 nr. 1 litra c at kraftanlegg som har vært underlagt konsesjonsbehandling etter bestemmelsene i energiloven, ikke skal behandles etter pbl. kapittel XVI. Unntaket begrunnes med at hensynet til sikkerhet og kontroll for denne type anlegg er ivaretatt gjennom energilovens bestemmelser og konsesjonsbehandlingen.<sup>188</sup> At vindkraftverk er unntatt fra lovens særskilte tillatelseskrav, medfører imidlertid ikke at utbyggingen unntas fra alle bestemmelsene i plan- og bygningsloven. Kravet om arealavklaring gjelder fullt ut, noe som behøver en nærmere forklaring.

### 5.2.2 Tilpassing av vindkraftverk i plansystemet

Gjennom plan- og bygningsloven har det blitt etablert et system av ulike planer. Plan- og bygningsloven oppstiller en plikt for både kommunene og fylkeskommunene til å foreta en løpende planlegging av den fremtidige virksomheten innenfor deres respektive områder.<sup>189</sup> En vesentlig del av planleggingen går ut på å fastsette hvordan landområdene skal

---

<sup>186</sup> Se mer utførlig om tillatelseskravet i Fleischer 1992 s. 192 flg. og Pedersen m.fl. s. 77 flg.

<sup>187</sup> Forskrift 24. juni 2003 nr. 749.

<sup>188</sup> Jf. Statens bygningstekniske etat, Melding HO-1/2006 s. 4.

<sup>189</sup> Denne plikten er i utgangspunktet forankret i kommuneloven § 5 nr. 1, mens utfyllende bestemmelser følger av plan- og bygningsloven.

forvaltes, og det er gjennom slik arealplanleggingen tilretteleggelse for vindkraftutbygging er aktuelt. Det som i hovedsak skiller planene fra hverandre, er beslutningsnivået planene vedtas fra, og rettsvirkningene som følger av vedtatt plan.

La oss først se på forholdet mellom vindkraftutbygging og arealplanleggingen på *regionalt* nivå. Plan- og bygningslovens kapittel V oppstiller bestemmelser om fylkeskommunenes planlegging. Formålet med fylkesplanleggingen er å «*samordne statens, fylkeskommunens og hovedtrekkene i kommunens fysiske, økonomiske, sosiale og kulturelle virksomhet i fylket*», jf. § 19-1 tredje ledd. En vesentlig del av denne samordningen skjer gjennom utarbeidelse av en *fylkesplan*, jf. fjerde ledd. Fylkesplanen skal bl.a. angi «*retningslinjer for bruken av arealer og naturressurser i fylket*» når det planlegges større tiltak innenfor fylkeskommunenes landområde, jf. femte ledd. Vindkraftverk er av et slikt størrelsesomfang at det vil berøre en rekke interesser, og vil undertiden også medføre interkommunale virkninger, slik at det vil være hensiktsmessig at fylkeskommunene tar stilling til utbyggingsspørsmålet. Fylkeskommunene har mulighet til å foreta en helhetlig vurdering av arealet til alle kommunene innenfor sitt område, og slik angi hvilke områder hvor en vindkraftutbygging medfører minst konflikter. Av den grunn har Miljøverndepartementet oppfordret fylkeskommunene til å utarbeide en særskilt fylkesdelplan for vindkraftverk etter § 19-1 sjette ledd.<sup>190</sup>

Hvilken rettslig betydning har så fylkesplaner eller fylkesdelplaner mht. kravet om arealavklaring i vindkraftsaker? Det fremgår av § 19-6 at fylkesplanen kun skal være *retningsgivende* for kommunal og statlig arealforvaltning. Dette innebærer at fylkesplanen ikke har noen direkte bindende rettsvirkning for verken tiltakshaver, NVEs konsesjonsbehandling eller kommunenes arealplanlegging. Men det er ikke dermed sagt at fylkesplaner ikke har betydning i vindkraftsaker. Fylkesplanen vil alltid inngå som et moment for både NVEs konsesjonsvurdering, og ved den kommunale arealplanleggingen.

---

<sup>190</sup> Dette er et av hovedformålene bak utarbeidelsen av Miljøverndepartementets Retningslinjer. En fylkesdelplan vil si at planen utelukkende omhandler det aktuelle tema. Fylkesdelplaner for vindkraftverk er i skrivende stund kun utarbeidet av Hordaland fylkeskommune.

Kommuner som utarbeider planer som innebærer konflikt med den overordnede fylkesplanen, kan bli møtt med innsigelse fra fylkeskommunen. Da vil ikke kommunale arealplaner ha endelig virkning før saken avgjøres på departementnivå, jf. §§ 20-5 og 27-2.<sup>191</sup> Lovgiver har her innført et rettslig virkemiddel for å sikre at kommunene ikke neglisjerer de regionale hensyn ved sin arealforvaltning. På grunn av fylkesplanenes begrensede juridiske betydning, er det først og fremst kommunenes arealplaner som vil bli behandlet i det følgende.

Hvordan er forholdet mellom vindkraftutbygging og kommunenes arealplanlegging? Plan- og bygningsloven oppstiller også en plikt for kommunene til å foreta en løpende kommunalplanlegging, jf. § 20-1 første ledd. Bestemmelsen fastslår at gjennom den kommunale planleggingen skal den «*fysiske, økonomiske, sosiale, estetiske og kulturelle utvikling*» samordnes. En slik sektorovergripende vurdering som loven legger opp til, innebærer at interesseavveiningen skjer fra et bredere ståsted enn hva tilfelle er for NVEs vurdering etter den sektorbaserte energiloven. Når det gjelder den nærmere arealplanleggingen, er det *kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner* som er relevant for drøftelsen.<sup>192</sup> Det er også gjennom slike planutredninger hvor man kan tale om rettslige virkninger. Dette nødvendiggjør en mer utdypende drøftelse av forholdet mellom de kommunale arealplanene og utbygging av vindkraftverk.

### 5.2.3 Nærmere om tilpassing av vindkraftverk i kommuneplanens arealdel

Plan- og bygningslovens § 20-1 annet ledd gir anvisning på at kommuneplanen skal inneholde en kortsiktig og langsiktig del. Den langsiktige delen skal bl.a. omfatte *kommuneplanens arealdel*, som fastsetter bruk av arealene og ressursene i kommunen. Den nærmere arealangivelsen skjer gjennom lovens krav om fastsettelse av *arealformål* etter §

---

<sup>191</sup> Se mer om fylkesplanens rettsvirkninger i Fleischer 1992 s. 96 og Pedersen m.fl. s. 344–345.

<sup>192</sup> I tillegg oppstiller plan- og bygningsloven bestemmelser om såkalte bebyggelsesplaner, jf. § 28-2. En slik plan omhandler en detaljert utforming av områder som er fastsatt som til utbyggingsformål. Denne skiller seg i liten grad fra kravene som stilles til en reguleringsplan, og det avgrenses derfor mot en behandling av slike planer. Se forøvrig Fleischer 1992 s. 164 flg. og Pedersen m.fl. s. 433 flg.

20-4. Bestemmelsens første ledd inneholder en *uttømmende* angivelse av seks arealbrukskategorier.<sup>193</sup> Forarbeidene oppstiller den praktiske hovedregelen til at dyrket mark, skogsbruksområder og fjellområder legges ut som «[l]andbruks-, natur- og friluftsområder» (LNF-område) etter § 20-4 nr. 2.<sup>194</sup> Naturverdiene i slike områder er ansett som bevaringsverdige, slik at arealet er båndlagt utelukkende til tiltak med landbruksformål.<sup>195</sup>

Om lag 80 prosent av landets areal er angitt som LNF-områder.<sup>196</sup> I utmarksområder hvor det er aktuelt å bygge ut vindkraftverk, er det derfor som regel denne arealangivelsen som tiltakshaver blir møtt med. Dersom en vindkraftutbygging skal kunne realiseres, må derfor kommunen som hovedregel endre gjeldende arealangivelse.<sup>197</sup> Her gir loven kommunen to alternativer ved tilretteleggelse for vindkraftverk. Området kan enten fastsettes til «byggeområder» eller til «[a]ndre områder som er båndlagt eller skal båndlegges for nærmere angitte formål i medhold av denne eller andre lover», jf. § 20-4 nr. 1 og 4. Arealkategorien *byggeområder* kan spesifiseres til områder for kraftutbygging, så det har ikke avgjørende betydning hvilket alternativ kommunen velger.

Spørsmålet videre er hvilken juridisk betydning som følger av kommuneplanens arealdel. Rettsvirkningene behandles i § 20-6 hvor det i første ledd fremkommer at planen skal «legges til grunn ved planlegging, forvaltning og utbygging i kommunen». Forarbeidene har tillagt ordlyden følgende betydning:

*«Dette betyr at planen skal være et sentralt styringsredskap først og fremst for de besluttede organer i kommunen, men også for statlige organer og*

---

<sup>193</sup> Det presiseres i Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 112 at «[i] første ledd punktene 1–6 er det regnet opp alle de forhold arealdelen kan ta opp».

<sup>194</sup> Jf. Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 112–113.

<sup>195</sup> Se mer om LNF-områder i Fleischer 1992 s. 113–114, Pedersen m.fl. s. 361 og i Bugge 2006 s. 115.

<sup>196</sup> Jf. NOU 2001:7 s. 124.

<sup>197</sup> Som det skal vises senere, er det flere unntak fra denne hovedregelen. Bl.a. kan området omreguleres gjennom ny reguleringsplan, eller så kan det dispenseres fra arealdelen etter pbl. § 7.

*fylkeskommunale organer ... som har oppgaver innenfor arealforvaltningen i den enkelte kommune.»<sup>198</sup>*

Dette innebærer for det første at kommuneplanens arealdel skal legges til grunn for kommunens egen virksomhet og detaljplanlegging. For det andre vil arealplanen også fungere som en *instruks* for statlig og fylkeskommunal planlegging og forvaltning av de aktuelle områder som omfattes av planen. Plan- og bygningsloven § 20-6 annet ledd oppstiller et forbud mot tiltak i strid med fastsatt arealbruk i endelig arealplan.<sup>199</sup> Dermed er arealdelen av kommuneplanen juridisk bindende for utbygging av vindkraftverk i den forstand at tiltakshaver er avhengig av at det aktuelle området er angitt som byggeområde før utbyggingen kan iverksettes.

Når det gjelder NVEs konsesjonsvurdering vil kommuneplanens arealangivelse inngå som et vesentlig moment i NVEs konsesjonsbehandling. Men det er ikke noe rettslig i veien for at NVE gir konsesjon til tross for at det aktuelle område eksempelvis er angitt som et LNF-område. Når NVE innvilger konsesjon til et vindkraftverk, innebærer dette i realiteten ingen utbyggingstillatelse, og dermed gis ikke forbudet i § 20-6 annet ledd virkning for NVEs konsesjonsbehandling.<sup>200</sup>

Juridisk teori viser i denne sammenheng til at «*ikke alle sektormyndigheter føler seg like bundet av en kommuneplan når de senere skal utarbeide planer og treffe vedtak etter sin egen lovgivning*».<sup>201</sup> Fra et miljøvernperspektiv kan det derfor hevdes at det ville vært mer

---

<sup>198</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 116.

<sup>199</sup> Etter bestemmelsen retter forbudet seg mot de tiltak er nevnt i bl.a. § 93. Selv om utbygging av vindkraftverk er unntatt fra tillatelseskrevet i § 93, er det på det rene at dette ikke endrer betydningen av bestemmelsens henvisning til tiltak som nevnt i § 93, jf. Ot.prp. nr. 39 (1993–1994) s. 196.

<sup>200</sup> Av forarbeidene til energiloven fremgår det: «*Konsesjon etter §3-1 og §5-1 skal ikke gis i strid med bindende planer etter plan- og bygningsloven. Den myndighet som gir konsesjon etter den nye energiloven kan imidlertid gi konsesjon med forbehold om planendring eller eventuell dispensasjon.*», jf. Ot.prp. nr. 39 (1989–1990) s. 87. NVE innvilger alltid konsesjon med forbehold om planendring.

<sup>201</sup> Bugge 2006 s. 117.

hensiktsmessig med et krav om planavklaring før konsesjon lovlig kan innvilges.<sup>202</sup> Slik vil man være sikret at kommunene har vurdert de aktuelle skadevirkningene før NVE tar stilling til saken. Dermed kunne NVE utelukkende behandle de vindkraftverk som allerede har fått innpass i kommunale arealplaner, noe som ville medført en mer effektiv og mindre konfliktfylt behandling av vindkraftsaker.

Innebærer således kravet om avklaring etter kommuneplanens arealdel at berørte miljøinteresser gis den rettssikkerhetsgaranti som ikke foreligger ved konsesjonsbehandlingen etter energiloven? Først og fremst er utarbeidelse av kommuneplanens arealdel ansett som et viktig redskap for ivaretagelse ulike miljøinteresser. Ved at hver enkelt kommune foretar en særskilt arealvurdering, kan de områder som best egner seg for vindkraftutbygging, fastsettes til et slike arealformål. Desto viktigere; kommunene kan gjennom arealplanleggingen angi hvilke områder som anses for å være for konfliktfylte mht. vindkraftutbygging. Her styrkes miljøinteressenes rettssikkerhet ved at arealangivelsen er rettslig bindende, noe som gjør kommunene til en viktig aktør i miljøforvaltningen.

Men for å kunne slå fast at kravet om avklaring med kommuneplanens arealdel gir de berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettssikkerhet, må flere forutsetninger være på plass. For det første at planprosessen skjer etter lovbestemmelser som sikrer en god kartlegging av de miljøinteresser som finnes i kommunens områder. For det andre må fastsettelsen av arealformål skjer etter lovsatte rammer som sikrer at kommunene vektlegger miljøkonsekvensene etter et forsvarlig skjønn. Dette behandles henholdsvis i kapittel 5.2.5–5.2.6. La oss først se nærmere på det lovsatte kravet til *reguleringsplikt*.

---

<sup>202</sup> Dette er foreslått av Planlovutvalget, jf. NOU 2003:14 s. 158.

#### 5.2.4 Nærmere om reguleringsplikten

Plan- og bygningslovens § 22 definerer en reguleringsplan som «*en detaljplan med tilhørende bestemmelser som regulerer utnytting og vern av grunn, vassdrag, sjøområder, bebyggelse og det ytre miljø i bestemte områder i en kommune...*». Reguleringsplanen er med andre ord en detaljert angivelse av den nærmere arealutnyttelsen som er fastsatt i kommuneplanen. Det er i utgangspunktet opp til den enkelte kommunene om et område skal underlegges en reguleringsplan, men i enkelte tilfeller foreligger det allikevel en lovsatt reguleringsplikt. Reguleringsplikten gjelder bl.a. i tilfelle det er tale om gjennomføring av «*større bygge- og anleggsarbeider*», jf. § 23 nr. 1 første punktum. Hvilke utbyggingstiltak som omfattes av reguleringsplikten, må bero på en konkret vurdering i den enkelte utbyggingssak.<sup>203</sup> Når det gjelder utbygging av vindkraftverk, har imidlertid Miljøverndepartementet definert dette som et så stort tiltak at det faller inn under reguleringsplikten i § 23.<sup>204</sup> Derfor vil det i utgangspunktet alltid foreligge en reguleringsplikt for kommunene dersom en vindkraftutbygging skal iverksettes.

Reguleringsplaner behandles av det faste utvalget for plansaker i kommunen, men endelig reguleringsplan fastsettes av kommunestyret, jf. §§ 27-1 og 27-2. For vindkraftsakers anliggende er det vanlig praksis at tiltakshaver utarbeider et såkalt *privat reguleringsforslag* med hjemmel i § 30. Dette er mest hensiktsmessig ettersom det er tiltakshaver som har mest detaljkunnskap vedrørende plasseringen av vindkraftverkets enkeltturbiner for optimalisering av vindutnyttelsen. Men dette endrer ikke den lovsatte behandlingsprosessen som må foretas ved utarbeidelse av enhver reguleringsplan. Miljøverndepartementet anbefaler at slike private reguleringsforslag utarbeides parallelt med at tiltakshaver utarbeider konsesjonssøknad med tilhørende konsekvensutredning, slik at dette utgjør et samlet dokument.<sup>205</sup> Dette gir de berørte kommunene et bedre grunnlag til å ta stilling til konfliktnivået når de opptrer som høringsinstans i konsesjonsbehandlingen.

---

<sup>203</sup> Se en detaljert behandling av reguleringspliktige tiltak i Pedersen m.fl. s. 386–387.

<sup>204</sup> Jf. T-1395 Planjuss nr. 1/2002.

<sup>205</sup> Se Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 30.

Også i reguleringsplanen må det fastsettes nærmere bruksformål innenfor det regulerte området. Listen over mulige reguleringsformål er angitt i § 25, hvor vindkraftutbygging vil falle inn under «*områder for bygging og drift av anlegg for energiproduksjon*», jf. kategori nr. 6 «*spesialområder*». Dersom en vindkraftutbygging skal realiseres, må derfor området som er fastsatt til utbyggingsområde i kommuneplanens arealdel, reguleres til ovennevnte reguleringskategori.

Når det gjelder rettsvirkningene av en fastsatt reguleringsplan, har denne ifølge § 31 nr. 1 forbudsvirkninger. Dersom nye tiltak som planlegges innenfor det regulerte området strider mot reguleringsformålet, vil gjennomføring være forbudt. For vindkraftverk vil imidlertid spørsmålet om utbyggingen er i strid med en eksisterende reguleringsplan, sjelden bli en aktualitet. Dette har sin forklaring i at vindkraftverk som regel lokaliseres til LNF-områder, som sjelden vil ha vært underlagt en egen reguleringsplanbehandling. Derfor vil det være av større interesse å se nærmere på hvilken betydning en nylig vedtatt reguleringsplan har overfor en eldre kommuneplan.

Det følger av § 20-6 tredje ledd at kommuneplanens arealdel faller bort i den utstrekning den strider mot senere vedtatt reguleringsplan. Blir et område som i arealdelen er fastsatt til et LNF-område, regulert til et område for vindkraftutbygging gjennom reguleringsplan, vil det altså være reguleringsplanen som tidsmessig får forrang. Sånn sett er det ikke nødvendig med en revisjon av kommuneplanens arealdel, for at en vindkraftutbygging skal kunne realiseres. Dersom et område etter en grundig vurdering er angitt som uegnet for utbygging i kommuneplanens arealdel, er det imidlertid lite hensiktsmessig sett fra et miljøvernperspektiv om dette kan tilsidesettes gjennom en reguleringsplan. Derfor er det av vesentlig betydning for rettsikkerheten til berørte miljøinteresser at loven stiller strenge krav til utredningen og interesseavveiningen også ved utarbeidelse av reguleringsplaner.

Når det gjelder i hvilken grad den lovsatte reguleringsplikten sikrer ivaretagelse av miljøinteresser, kan det på generelt grunnlag sies at den viktigste betydningen er at

planleggingen legges på et mer detaljert nivå enn hva tilfellet er ved utforming av kommuneplanens arealdel. Dermed kan vindkraftutbyggingen reguleres til det området hvor skadene for miljøinteressene blir minst mulig. Dette vil være spesielt viktig for vindkraftverk, som er meget fleksible når det gjelder den endelige plassering av enkeltturbiner. Her kan en reguleringsplan sikre at utbyggingsprosessen skjer på en slik måte at det i størst mulig grad tas hensyn til eksempelvis kulturminner, sårbar vegetasjon eller nærliggende bolig- og hytteområder. Derfor er reguleringsplikten i § 23 meget avgjørende for ivaretagelsen av miljøhensyn i vindkraftsaker. Men også her er det en forutsetning at planprosessen skjer på grunnlag av en grundig utredning hvor de potensielle skadevirkningene på forhånd er godt kartlagt. Dette krever et godt rammelovverk som sikrer en grundig utredningsprosess i reguleringsprosessen. Dette skal behandles mer detaljert nedenfor.

Et annet forhold som kan sikre ivaretagelsen av miljøinteresser, følger av kommunes kompetanse til å fastsette konkrete bestemmelser tilknyttet en reguleringsplan. Hjemmelen følger av § 26 første ledd første punktum som lyder: «*Ved reguleringsplaner kan det i nødvendig utstrekning gis bestemmelser om utforming og bruk av arealer og bygninger i reguleringsområdet.*» Dersom kommunen velger å regulere et utbyggingsområde til vindkraftutbygging, kan det være meget hensiktsmessig fra et miljøvernperspektiv at kommunen fastsetter reguleringsbestemmelser som har til formål å minimere skadevirkningene. Men dette forutsetter at kommunenes kompetanse rekker dit hen at viktige miljøhensyn kan ivaretas både i utbyggings- og i driftsfasen. Kan for eksempel kommunene gjennom reguleringsbestemmelsene pålegge tiltakshaver at vindkraftverket skal settes ut av drift i bestemte perioder? Et slikt vilkår ville ha vært meget hensiktsmessig med hensyn til bl.a. vern av havørnen i hekkesesongen. Men her kan det oppstå en konflikt med den rolle NVE har som formynder av energispørsmål. NVE gir konsesjon til vindkraftverk ut i fra en helhetlig vurdering hvor det avgjørende er om de medfølgende skadevirkningene er akseptable ut i fra hvor mye kraftproduksjon vindkraftverket vil bidra med. Dersom den berørte kommunene i ettertid har adgang til å fastsette reguleringsbestemmelser som vil medføre begrensninger i kraftproduksjonen, vil

konsesjonsvurderingen ha skjedd på uriktig vurderingsgrunnlag. Spørsmålet er i hvilken grad kommunene kan gi reguleringsbestemmelser tilknyttet forhold som primært reguleres av sektorlover.

I den tidligere bygningslov av 1965 § 26 var det opplistet en rekke reguleringsbestemmelser som planmyndighetene kunne gi. Dette kasuistiske system er forlatt ved plan- og bygningsloven av 1985, noe som til tider har gjort kompetansebegrensningen problematisk. Plan- og bygningsloven § 26 innebærer en bred fullmakt til å fastsette reguleringsbestemmelser, men en begrensning følger av formuleringen «*i nødvendig utstrekning*». Dette innebærer et krav om at reguleringsbestemmelsene må være saklig begrunnet i reguleringsplanen formål.<sup>206</sup> I juridisk litteratur er det lagt til grunn at begrepsbruken ikke innebærer noen annen begrensning enn at kommunen må foreta en samfunnsmessig helhetsvurdering av hvilke bestemmelser som vil være de beste for det regulerte området.<sup>207</sup>

Videre følger det en avgrensning av bestemmelsens annet punktum; den sier at: «*Bestemmelsene kan sette vilkår for bruken eller forby former for bruk for å fremme eller sikre formålet med reguleringen.*» Ut fra ordlyden kan det virke som kommunenes kompetanse til å sette bestemmelser er begrenset til de vilkår som vil *fremme eller sikre* det konkrete reguleringsformål som er fastsatt gjennom § 25. Høyesterett har imidlertid fastslått at det kan fastsettes bestemmelser som knytter seg til formålet med *reguleringen som helhet*, jf. Rt. 1993 s. 278. Retten viste til formålsparagrafen i plan- og bygningsloven og uttalte: «*Det tas således sikte på å få den best mulige arealbruk totalt sett ved en samordning av ulike interesser.*»<sup>208</sup>

Fra Høyesteretts syn kan det sluttet at kommune kan fastsette bestemmelser som vil overlappe med den vilkårkompentansen som NVE har i medhold av enl. § 3-4. Men det kan

---

<sup>206</sup> Se Bugge 2006 s. 123.

<sup>207</sup> Se Fleischer 1992 s. 151.

<sup>208</sup> Rt. 1993 s. 278 (på s. 285) – *Gaulosen*.

ikke fastsettes reguleringsvilkår som i stor grad vanskeliggjør gjennomføring av en vindkraftutbygging.<sup>209</sup> I juridisk teori er det lagt til grunn at det ikke kan settes vilkår som «regulerer selve virksomheten».<sup>210</sup> Legger man til grunn sistnevnte syn, innebærer dette at kommunene ikke kan sette vilkår som vil medføre reduksjon av kraftproduksjonen til et vindkraftverk. Men det vil være full adgang for en kommune til å fastsette bestemmelser som regulerer bruk av atkomstveier mv. Forarbeidene eksemplifiserer med vilkår som går ut på oppføring av støyskjerming, noe som er særlig aktuelt ved vindkraftutbygging.<sup>211</sup> Dermed vil kommunene ha innflytelse på utbyggingsprosessen, og på denne måten kan sårbare miljøinteresser til en viss grad ivaretas når det tilrettelegges for vindkraftutbygging. Når det gjelder den rettssikkerhetsgaranti som ligger i forvaltningens vilkårskompetanse, vises det til kapittel 3.5 ovenfor.

#### 5.2.5 Lovens krav til miljøutredninger ved kommunale planavgjørelser

Som påpekt i kapittel 2, er en vesentlig forutsetning for ivaretagelse av miljøhensyn i utbyggingssaker at de potensielle skadevirkninger er grundig kartlagt før vedtak treffes. Dette gjelder ikke minst ved kommunenes arealplanlegging, som er et av de viktigste redskapene for ivaretagelse av miljøhensyn i utbyggingssaker. Spørsmålet som skal drøftes, er hvilke krav plan- og bygningsloven stiller til kommunenes utredning og til berørte aktørers medvirkning i forbindelse med planvedtak.

Plan- og bygningsloven bygger på et prinsipp om offentlig saksbehandling med bred deltakelse av berørte aktører. Dette kommer til uttrykk gjennom § 16-1, som taler om en «aktiv opplysningsvirksomhet» og videre at «enkelpersoner og grupper skal gis anledning til å delta aktivt i planprosessen». Bestemmelsen gir imidlertid ikke uttrykk for noen rettsplikt; det vil i stor grad være opp til den enkelte kommunene å fastsette omfanget av

---

<sup>209</sup> Se Bugge 2006 s. 124.

<sup>210</sup> Pedersen m.fl. s. 407.

<sup>211</sup> Jf. Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 121.

opplysningsplikten og medvirkningen i enkeltsakene. Men § 16-1 vil ligge til grunn som en overordnet retningslinje til lovens øvrige saksbehandlingsbestemmelser.

Som nevnt i kapittel 2.3.1, oppstiller plan- og bygningsloven krav om utarbeidelse av konsekvensutredning også ved planvedtak, jf. pbl. § 16-2. Etter bestemmelsen foreligger det en konsekvensutredningsplikt for «*fylkesplaner og kommuneplaner som fastsetter retningslinjer eller rammer for fremtidig utbygging*» og for «*reguleringsplaner som kan ha vesentlige virkninger for miljø, naturressurser eller samfunn*». Kommuneplaner som legger til rette for utbygging av vindkraftverk, må alltid konsekvensutredes. Når det gjelder utarbeidelse av reguleringsplaner, gjelder det et krav om *vesentlige virkninger*. Som påpekt ovenfor vil utbygging av vindkraftverk alltid anses å ha vesentlige virkninger, og er således underlagt en konsekvensutredningsplikt.

Når det gjelder vindkraftsaker vil spørsmålet om planrevisjoner som regel oppstå i forbindelse med et eller flere konkrete vindkraftprosjekter. Som det ble påpekt i kapittel 2.3.1, vil det da allerede foreligge en ”*tiltaks-konsekvensutredning*” utarbeidet i forbindelse med konsesjonsbehandlingen etter energiloven. Et etterfølgende planarbeid vil da ikke utløse en ny konsekvensutredningsplikt. I motivene fremgår det at:

*«Det er en klar forutsetning at de foreslåtte konsekvensutredningsbestemmelsene ikke skal medføre et to-sporet lovsystem, og innenfor samme system, heller ikke skal innebære dobbeltbehandling.»*<sup>212</sup>

Energilovens hensvining til pbl. kapittel VII-A sikrer at tiltakshavers konsekvensutredning er tiltrekkelig for at kommunene kan ta stilling til planbehandlingen.

Et spørsmål som her melder seg, er om en slik ordning er gunstig mht. ivaretagelsen av miljøinteresser i vindkraftsaker. Som det fremgikk i kapittel 2.3, er det fare for at

---

<sup>212</sup> Ot.prp. nr. 75 (1988–1989) s. 19.

tiltakshavers konsekvensutredning kan bære preg av subjektivitet i fremstillingen. Videre kom det frem en rettslig svakhet at det er opp til NVEs skjønn om en konsekvensutredning oppfyller de lovsatte utredningskrav. Dersom en konsekvensutredning som ble utarbeidet i forbindelse med en konsesjonssøknad inneholder elementer av svak eller feil utredning, vil dagens ordning innebære at det samme feilaktige utredningsgrunnlaget også legges til grunn av kommunene i deres arealplanlegging. Fra et miljøvernperspektiv ville det være mer hensiktsmessig om det forelå et krav om at konsekvensutredningen i tillegg måtte godkjennes av kommunene. Men lovgiver har ansett en slik ordning som lite heldig med tanke på effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn. Kommunene gis riktignok mulighet til å påpeke mangler ved konsekvensutredningen som høringsinstans i konsesjonsbehandlingen, og det ligger ingen garanti for at konsekvensutredninger vil bli grundigere gjennomført dersom kommunene var ansvarlig myndighet. Men det er allikevel verdt å understreke at dagens ordning kan innebære visse svakheter mht. miljøinteressers ivaretagelse ved planbehandlingen av vindkraftsaker.

Plan- og bygningsloven stiller også krav til berørte aktørers deltakelse i planprosessen. Når det gjelder revisjon av kommuneplanens arealdel, følger det av § 20-5 at kommunene skal *«sørge for å gjøre de mest aktuelle spørsmål i kommuneplanarbeidet kjent på en måte den finner hensiktsmessig, slik at de kan bli gjenstand for offentlig debatt»*. Loven overlater her fremgangsmåten for offentliggjøring til den enkelte kommune, men etter andre ledd skal utkast til kommuneplan sendes *«fylkeskommunen, berørte statlige organer og organisasjoner m.v. som har særlige interesser i planarbeidet til uttalelse»*. Videre på samme sted følger det et krav om at planforslaget legges ut på offentlig ettersyn. Dermed sikres det at både offentlige og private aktører samt interesseorganisasjoner som har motforestillinger til planvedtaket, kan komme med uttalelser til planmyndighetene.

Ved utarbeidelse av reguleringsplan setter § 27-1 krav som skal sikre den samråd, offentlighet og informasjon som § 16-1 omtaler. Det følger at av § 27-1 nr. 1 tredje ledd at kommunen skal legge *«til rette for aktiv medvirkning»*. Dette skjer først og fremst gjennom offentliggjøring av planutkastet etter § 27-1 nr. 2, hvor enhver kan komme med

bemerkninger. Når det gjelder offentlige aktører og interesseorganisasjoner som har særlige interesser i reguleringsområdet, skal kommunene også søke et tett samarbeid med slike, jf. fjerde ledd. Samtidig som reguleringsplanen legges ut til offentlig ettersyn, skal det i henhold til § 27-1 nr. 2 annet ledd sendes til fylkeskommunen og de berørte statlige fagorganer som har særlige interesser i planområdet med frist for uttalelse.

Det ovenstående er nok for å kunne fastslå at plan- og bygningsloven sikrer at kommunene bygger på et grundig utredningsgrunnlag ved vurderingen om det skal tilrettelegges for vindkraftutbygging eller ikke. I tillegg til de rammer for utredningsplikten som følger av plan- og bygningsloven, vil fvl. § 17 bidra til å sikre at skadeomfanget for miljøinteressene i det aktuelle planområdet blir grundig utredet før planvedtak treffes. Men som sagt er ikke en grundig miljøutredning nok til at miljøverninteresser gis tilstrekkelig rettssikkerhet; i tillegg må det foreligge rettslige virkemidler som sikrer at de potensielle skadevirkningene blir vektlagt av kommunene.

## 5.2.6 De rettslige rammene for kommunenes interesseavveining

### 5.2.6.1 Innledende bemerkning

Både når kommunene skal vurdere om arealdelen av kommuneplanen skal tilrettelegges for vindkraftutbygging og når en reguleringsplan skal utarbeides, må de på samme måte som NVE foreta en interesseavveining. Forskjellen er at interesseavveiningen nå blir foretatt av kommunene ut fra et lovverk som ikke har et energirettet hovedformål. Spørsmålet som skal drøftes, er om dette vil sikre en bedre ivaretagelse av miljøhensyn i vindkraftsaker enn hva som gjaldt for konsesjonsbehandlingen etter energiloven. Svaret vil i hovedsak bero på to forhold: For det første i hvilken grad plan- og bygningslovens oppstiller miljøinteresser som relevante og pliktige hensyn for arealplanleggingen. For det andre om plan- og bygningsloven legger føring mht. hvilken vekt miljømessige skadevirkninger skal tillegges.

### 5.2.6.2 De enkelte planbestemmelsene

Et naturlig utgangspunkt for drøftelsen vil være en undersøkelse av innholdet i de enkelte planbestemmelsene.

Når det gjelder utarbeidelse av kommuneplan med tilhørende arealdel, følger det av § 20-1 første ledd at kommunene skal ta «*sikte på å samordne den fysiske, økonomiske, sosiale, estetiske og kulturelle utvikling innenfor sine områder*». Bestemmelsen angir et bredt spekter av hensyn, hvor flere kan brukes som momenter både for og imot tilretteleggelse av vindkraftutbygging. De *fysiske* endringene som omhandler selve arealinngrepet, må veies mot og samordnes med de andre opplistede hensyn. Slik er rammene for interesseavveiningen oppstilt, men det gis liten veiledning vedrørende den nærmere vekt som skal tillegges de ulike hensyn.

En ting som er spesielt verdt å legge merke til, er lovens henvisning til den *estetiske utviklingen*.<sup>213</sup> Dette hensynet ble tatt inn ved lovendringen 5. mai 1995 nr. 20 etter forslag fra Stortingskomiteen, som krevde mer vektlegging av estetiske virkninger ved kommunal arealforvaltning.<sup>214</sup> Her var det først og fremst estetikk av fasader og bygninger som var formålet med lovendringen, og det er lite trolig at estetiske virkninger som følge av en vindkraftutbygging var påtenkt da lovforslaget ble behandlet. Men det er ingen ting som tilsier at dette ikke skal være et pliktig hensyn ved kommunenes planvurdering i vindkraftsaker. Estetiske virkninger er her et av de mest konfliktfylte tema, noe som tilsier at de estetiske skadevirkningene burde tillegges vesentlig vekt i den kommunale arealplanleggingen.

Et annet forhold som vil være relevant å drøfte i relasjon til rammene for kommunenes interesseavveining, er lovbestemmelsens henvisning til den *økonomiske utvikling*.

---

<sup>213</sup> Krav til best mulig estetisk utforming av tiltak følger også av den såkalte *skjønnhetsparagrafen* i pbl. § 74 nr. 2. Bestemmelsen gis først anvendelse når en arealplan er endelig vedtatt. Da plikter kommunen å påse at utbyggingen skjer på en estetisk best mulig måte ut i fra de nærliggende omgivelsene.

<sup>214</sup> Jf. Innst.O. nr. 37 (1994–1995) s. 5 flg.

Tilretteleggelse for et vindkraftverk i arealplanene vil innebære en økonomisk fordel for kommunene: For det første gjennom den kommunale eiendomsbeskatningen som pålegges tiltakshaver. For det andre den årlige økonomiske kompensasjonen som enkelte tiltakshavere tilbyr kommunene dersom det tilrettelegges for utbygging.<sup>215</sup> Etter en juridisk vurdering foretatt av Kommunal- og regionaldepartementet faller sistnevnte avtale utenfor plan- og bygningslovens regler om utbyggingsavtaler i kapittel XI-A.<sup>216</sup> Det er derfor grunn til å reise spørsmålet om kommunene i det hele tatt har rettslig adgang til å vektlegge slike private interesser ved planrevisjoner.

Ordlyden i § 20-1 første ledd sier klart at økonomiske fordeler er saklige hensyn ved planleggingsspørsmål, noe som heller ikke er omstridt.<sup>217</sup> Loven inneholder ingen materielle skranker for hvilke økonomiske fordeler som kan vektlegges, noe som trekker i retning av at slike kompensasjoner ikke er å anse som utenforliggende hensyn. Men her må det ses hen til de alminnelige forvaltningsrettslige sakslighetsbegrensninger. I juridisk litteratur er det en rådende oppfatning om at økonomiske fordeler som søkes oppnådd gjennom en bestemt bruk av loven, må ha saklig sammenheng med det formål som loven skal tilgodese. Et eksempel som brukes, er at «*det må anses som usaklig å legge vekt på om det kan oppnås økonomiske fordeler ved å gi en konsesjon eller lignende*».<sup>218</sup> Slike ”formålsløse” økonomiske fordeler er også i rettspraksis blitt ansett som utenforliggende hensyn.<sup>219</sup>

I vårt tilfelle er det er tale om å skaffe kommunen en økonomisk fordel som ikke knytter seg til det formål som planendringen omhandler. Kommunen kan derfor selv velge hvor pengene skal investeres, og det gis ingen garanti for at pengene vil falle tilbake på de

---

<sup>215</sup> F.eks. har tiltakshaver bak Havsul vindkraftverk tilbudt Giske, Haram, Eide, Averøy og Sandøy kommune en frivillig årlig kompensasjon på flere titalls millioner kroner dersom kommunene tilrettelegger planene for vindkraftutbygging.

<sup>216</sup> Se Kommunal- og regionaldepartementets pressemelding nr. 100, 24. november 2006.

<sup>217</sup> Se Rogstad s. 51–54 og Aulstad s. 46.

<sup>218</sup> Eckhoff/Smith s. 376–377.

<sup>219</sup> Se RG 1969 s. 325 (som gjaldt dispensasjon fra forbudet mot utbygging 100-meters grensen).

skadelidende interesser i form av avbøtende tiltak mv. Dette taler for at kommunen ikke kan trekke inn slike økonomiske fordeler som et moment for planavklaring. På den andre siden vil bestemmelsens henvisning til økonomiske hensyn – som også har fått forankring i formålsparagrafen – trekke i retning av at kommunene lovlig kan legge vekt på slike årlige kompensasjoner.

Rettsstilstanden er med andre ord uklar på dette punktet. Reelle hensyn taler både for og imot at kommunene kan legge vekt på slike økonomiske fordeler. Kompensasjonene vil på en side kunne benyttes til å fremme miljøtiltak som kan redusere konfliktgraden overfor miljøinteressene. På den andre siden gis den ingen garanti for dette. Dersom kommunene går så langt i å vektlegge de økonomiske fordelene at andre hensyn som kan bli skadelidende, blir nedprioritert, taler gode grunner for at domstolene kan underkjenne planvedtaket med den begrunnelse at det har blitt tatt utenforliggende hensyn.<sup>220</sup> Men dersom en kommune, uavhengig av den økonomiske fordel, faller ned på at tilretteleggelse for vindkraftutbygging uansett representerer den beste løsningen, vil det ikke være tale om myndighetsmissbruk at kommunen samtidig mottar en årlig kompensasjon.

Når det gjelder rammene for kommunenes skjønn ved utarbeidelse av reguleringsplan, følger utgangspunktet av § 22. Her fremgår det at planen skal regulere «*utnyttning og vern av grunn, vassdrag, sjøområder, bebyggelse og det ytre miljø i bestemte områder*». Utnyttning og vern er motstridende hensyn, men innebærer at kommunene må vurdere begge muligheter og foreta en interesseavveining.

Vurderingen må videre knyttes opp mot kommuneplanens arealdel. Et vesentlig moment her vil være de hensyn som ligger bak det angitte arealformål i kommuneplanen. Dersom det aktuelle reguleringsområdet er fastsatt som et LNF-område i kommuneplanens arealdel, må bl.a. hensynet til landbruk, natur og friluftsliv trekkes inn i vurderingen. Som det fremgikk av kapittel 5.2.3, skal kommuneplanens arealdel fungere som en retningslinje for

---

<sup>220</sup> Sml. Fleischer 1992 s. 300–302 og Aulstad s. 42.

senere reguleringsplaner, og dersom det ligger sterke hensyn bak den overordnede planens fastsettelse av det aktuelle området som LNF-område, må dette tillegges vesentlig vekt av planutvalget. Men hvis området er fastsatt som et LNF-område uten nærmere begrunnelse, kan planutvalget legge mindre vekt på landbruks-, natur- og friluftshensyn ved omregulering av området til vindkraftutbygging.

Samlet sett kan det fastslås at de ulike planbestemmelsene gir kommunene plikt til å trekke inn miljøvern hensyn ved arealplanleggingen. Men det legges ingen rettslig føring på hvilken vekt de miljøhensyn skal tillegges. Det er derfor naturlig å drøfte om lovens formålsparagraf setter klarere rammer for kommunenes interesseavveining.

#### 5.2.6.3 Plan- og bygningslovens formålsparagraf

Plan- og bygningslovens formål er fastsatt i § 2, hvor første ledd lyder:

*«Planlegging etter loven skal legge til rette for samordning av statlig, fylkeskommunal og kommunal virksomhet og gi grunnlag for vedtak om bruk og vern av ressurser, utbygging samt å sikre estetiske hensyn.»*

For det første viser formålsparagrafen til planleggingen som et verktøy for å *samordne* statlig, fylkeskommunal og kommunal virksomhet. Hva angår samordningen med den statlige virksomheten, er det i vår sammenheng arealplanleggingens samordning med NVEs konsesjonsbehandling som er relevant for drøftelsen. Et spørsmål som da gjør seg gjeldende, er om kommunene kan legge vekt på at et vindkraftverk er gitt konsesjon av NVE, herunder hvilken vekt en slik foreliggende konsesjon kan tillegges.

Loven inneholder ingen materiell begrensning mot at kommunene kan legge vekt på et konsesjonsvedtak, og det må være klart at kommunene kan trekke inn et konsesjonsvedtak som et saklig hensyn som taler for arealavklaring. Dette kan begrunnes i at det er nettopp slik samordning mellom kommunal og statlig virksomhet formålsparagrafen tar sikte på. I

motsatt tilfelle, dersom et slikt hensyn ble ansett som utenforliggende, ville det føre til sterk ineffektivitet i beslutningsprosessen.<sup>221</sup>

Fra en miljømessig synsvinkel kan det imidlertid være uheldig dersom kommunene legger for stor vekt på en foreliggende konsesjon. Som det fremgikk av kapittel 3, innvilger NVE i stor utstrekning konsesjon til vindkraftverk som andre fagmyndigheter anser som svært konfliktfylte. Dette har først og fremst årsak i at NVEs interesseavveining beror på en helhetlig vurdering hvor vindforholdene og kraftforsyningsinteresser er avgjørende momenter. Dersom en kommune legger for stor vekt på en foreliggende konsesjon, risikeres det at de særlige hensyn som arealplanleggingen skal ivareta, ikke gis virkning. Lovgiver har fastlagt et krav om arealavklaring fordi lokaldemokratiets interesser skal komme sterkt inn i utbyggingssaker. For de berørte miljøinteresser er det derfor hensiktsmessig at kommunene i størst mulig grad foretar en selvstendig vurdering om vindkraftverkets medfører akseptable skadevirkninger i deres nærmiljø.

Dersom en kommune legger utslagsgivende vekt på en foreliggende konsesjon, med den begrunnelse at vindkraftverkets skadevirkninger har blitt grundig vurdert av NVE, kan det bli tale om rettstridig myndighetsutøvelse. Som det fremgikk av behandlingen av planbestemmelsene ovenfor, plikter kommunene å vurdere miljøhensyn i sin interesseavveining. Dette kommer òg til uttrykk i formålsparagrafen; den viser til *vern av ressurser* som et viktig formål ved planleggingen. Dette kan tas til inntekt for at kommune må foreta en selvstendig vurdering av de potensielle skadevirkningene. Dersom det kun vises til NVEs konsesjonsvedtak, vil planvedtaket kunne underkjennes av domstolene grunnet brudd på alminnelige saklighetskrav.

Videre viser formålsparagrafen til samordning med fylkeskommunal planlegging som et vesentlig formål ved arealplanleggingen. Det som har interesse her, er kommunenes forhold til fylkeskommunenes arealplanlegging. Som sagt skal en fylkesplan være

---

<sup>221</sup> Se Pedersen mfl. s. 161–167, som behandler tilfellet søknadsppliktige tiltak er underlagt annen lovgivning.

retningsgivende for kommunes egen planvurdering jf. § 19-6, men det er i siste omgang opp til kommunenes eget skjønn hvilken vekt som skal tillegges fylkeskommunens arealangivelse. Men som det ble vist i kapittel 5.2.2, kan ikke kommunene se vekk fra den overordnede planen ved arealplanleggingen. Dersom fylkesplanens arealangivelse tillegges for liten vekt, risikerer kommunen å bli møtt med innsigelse.

Et vesentlig moment for vekten som skal tillegges en fylkesplan, er hvorvidt fylkeskommunen har foretatt en konkret vurdering av områdets egnethet for utbygging av vindkraftverk. Etter Miljøverndepartementets syn bør kommunene ikke tilrettelegge for vindkraftutbygging i områder som en regional plan angir som spesielt konfliktfylte.<sup>222</sup> I motsatt tilfelle, hvor fylkeskommunen ikke har vurdert områdets egnethet for vindkraftutbygging, vil kommunene ha større grunnlag til å legge mindre vekt på fylkesplanen. Samlet sett har lovgiver gitt kommunene er vid ramme for hvilken vekt som skal tillegges regionale planer. Men ettersom loven oppstiller samordning med fylkeskommunal planlegging som et sentralt formål ved arealplanlegging, sikres det at kommune vil vurdere fylkeskommunes syn på vindkraftutbyggingen. Dermed vil de vurderinger i fylkesplanen som har kommet miljøhensyn til gode, også få et visst gjennomslag i den kommunale planbehandlingen.

Videre viser formålsparagrafen til planleggingen som «*grunnlag for vedtak om bruk og vern av ressurser, utbygging samt å sikre estetiske hensyn*». Også her stilles *bruk og vern* som likestilte hensyn. Om kommunene skal prioritere bruk eller vern av sine arealer, legger loven ingen rettslig føring på. Domstolene kan derfor ikke overprøve hva kommunene prioriterer, men kommunene plikter å vurdere behovet for vern av miljøet på lik linje med utnyttelse av ressursene. Dette er sikker rett og er slått fast av Høyesterett en rekke ganger.<sup>223</sup> Den materielle rettssikkerheten til miljøinteressene er dermed gitt en god forankring i plan- og bygningslovens formålsparagraf.

---

<sup>222</sup> Jf. Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 26.

<sup>223</sup> Se spesielt Rt. 1993 side 278 – *Gaulosen* og Rt. 1995 side 1939 – *Ohna*.

Videre kan man registrere at estetiske hensyn også kommer til uttrykk i formålsparagrafen. Dette ønske om planmyndighetens opprioritering av estetiske hensyn gjør at lokalbefolkningen som blir berørt av estetiske skadevirkninger av et vindkraftverk, er gitt et godt materielt vern mot å bli utsatt for vindkraftutbygging i sitt nærmiljø. Men det er ikke dermed sagt at kommunene vil legge avgjørende vekt på verken store miljøskader eller skjemmende estetiske virkninger. Dette vil kun være tilfelle dersom det foreligger rettslige virkemidler som sikrer at kommunene legger utslagsgivende vekt på slike hensyn, noe som det ikke finnes spor av i formålsparagrafens første ledd.

Det vil også være av interesse å se nærmere på formålsparagrafen annet ledd, som lyder:

*«Gjennom planlegging og ved særskilte krav til det enkelte byggetiltak skal loven legge til rette for at arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig gavn for den enkelte og samfunnet.»*

Her fremgår det i klartekst at kommunene i størst mulig grad skal ivareta de lokale interessene, herunder ta hensyn til private interesser i arealplanleggingen. Men hva ligger i terminologien «*størst mulig gavn for den enkelte og samfunnet*»? Det kan trekkes likheter til termen "samfunnsmessig rasjonell" i energilovens formålsparagraf, behandlet ovenfor i kapittel 3.3.2.2. Her fremgikk det at slik begrepsbruk i en rettslig kontekst, som regel ikke vil være annet enn en meget generell retningslinje for det bestemmende organs skjønnsutøvelse. Det samme må kunne sies om plan- og bygningslovens henvisning til arealforvaltning som er til «*størst mulig gavn for den enkelte og samfunnet*».

Hva som vil være den beste arealprioriteringen, kan det være ulike meninger om innad i den enkelte kommune. Dette gjelder ikke minst ved spørsmålet om en kommune skal tilrettelegge planene for utbygging av vindkraftverk. Et vindkraftverk kan på den ene side bidra til å sikre kraftforsyningen i kommunen, samt skaffe kommunen en betydelig inntekt, men utbyggingen vil også medføre konflikt av ulik grad overfor en rekke berørte interesser.

Loven krever at kommunene fortar en grundig interesseavveining av hva som vil være den beste arealprioriteringen, hvor en vesentlig del av vurderingen går ut på hvor store skadevirkninger vindkraftverket vil medføre overfor de allmenne miljøinteresser og den enkelte som berøres. Dermed er miljøhensyn og lokaldemokratiets interesser sikret en grundig integrering i kommunenes planbehandling.<sup>224</sup> Men hva kommune faller ned på, beror på hva de anser som den beste løsningen for kommunenes samlede interesser. Dette skjønnet kan følgelig ikke overprøves av domstolene.

Når lovgiver har overlatt vurderingen av hva som vil være den beste løsningen, til kommunenes skjønn, er det fare for at borgernes interesser ofte blir nedprioritert. Men for at man skal kunne oppnå regjeringens fastsatte målsettinger om utbygging av vindkraftverk, er det nødvendig at majoriteten av lokalbefolkningens synspunkt ikke alltid gis utslagsgivende vekt. Utbygging av vindkraftverk vil som regel møte stor motstand blant befolkningen der vindkraftverket planlegges utbygd. Når regjeringen har satt som mål å bygge ut vindkraftverk i et visst skala, er dette et hensyn som må tillegges vesentlig vekt også av kommunene i deres arealforvaltning. Dette fører oss over i til det evige spørsmålet i norsk kraftforvaltning – om den enkelte utbygging skal være et statlig eller kommunalt anliggende. Det vil føre for langt å komme inn på en utførlig drøftelse av denne problemstillingen. Men det skal påpekes at staten vil ha ”det siste ord” gjennom innsigelse, eventuelt ved selv å utarbeide en statlig reguleringsplan etter § 18. Her skal det kun fastslås at formålsparagrafen sikrer at kommunene foretar en grundig og helhetlig vurdering, der skadevirkningene vindkraftverket vil medføre er en vesentlig del av vurderingen.

---

<sup>224</sup> Dette viser seg i praksis ved at enkelte kommuner avholder folkeavstemning vedrørende spørsmålet om det skal tilrettelegges for vindkraftutbygging eller ikke. Dette var bl.a. tilfelle i Giske kommune i forbindelse med Havgul vindpark. 74 prosent av befolkningen stemte her imot vindkraftutbygging. Resultatet er ikke rettslig bindende, men vil inngå som et vesentlig moment i planvurderingen.

#### 5.2.6.4 Miljøverndepartementets Retningslinjer

Miljøretten er som sagt preget av rammelover og enkeltsaker. Den ovenstående drøftelse har vist at plan- og bygningsloven ikke utgjør noe unntak fra dette. Dette kan medføre at utfallet av de konkrete miljøforvaltningsakene i stor grad vil bero på ansvarlig forvaltningsorgans skjønn. For å sikre en mest mulig rettferdig og konsekvent praksis er det ikke sjelden overordnet forvaltningsorgan gir instruksjoner. I forvaltningsretten er organisasjons- og instruksjonsmyndighet ansett som en forlengelse av legalitetsprinsippet og dermed et rettsgrunnlag for kompetanse.<sup>225</sup>

Som det tidligere er vist til, har Miljøverndepartementet utarbeidet forslag til retningslinjer for planlegging og lokalisering av vindkraftverk. Retningslinjene retter seg både mot kommunene og fylkeskommunene, og oppstiller to formål: For det første «å legge til rette for en bærekraftig utbygging av vindkraftverk der konfliktene i forhold til andre viktige hensyn er akseptable». For det andre å «bidra til at plan- og konsesjonsprosessene blir mer effektive og forutsigbare for utbyggere og samfunnet for øvrig».<sup>226</sup> Vi kan her registrere at rettssikkerhetsmålsettingen som ble trukket opp i kapittel 1.4, har kommet til uttrykk i Retningslinjene. Det skal ikke her gis en grundig redegjørelse for innholdet i Retningslinjene, men det vil være av interesse å drøfte i hvilken grad Retningslinjene vil være et virkemiddel for å bedre miljøinteressers stilling i vindkraftsaker. Dette vil først og fremst bero på i hvilken grad den verdiriktighet som fremgår av Retningslinjene, legger føring på kommunenes skjønnsvurdering i arealplanleggingen.

Når det gjelder den rettskildemessige verdien av slike retningslinjer, ligger det i navnet at de kun skal være veiledende for kommunenes interesseavveining. Plan- og bygningsloven § 17-1 første ledd gir regjeringen kompetanse til retningslinjer som «skal legges til grunn for planleggingen etter denne lov». Miljøverndepartementets Retningslinjer faller imidlertid utenfor slike rikspolitiske retningslinjer. Retningslinjene er ikke fastsatt i

---

<sup>225</sup> Se Eckhoff/Smith s. 327–330.

<sup>226</sup> Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 3.

medhold av § 17-1, og må derfor anses som en intern anbefaling. Dette svekker følgelig Retningslinjenes gjennomslag for kommunenes skjønnsutøvelse. Håndhevelsen av Retningslinjene skjer først og fremst gjennom innsigelsesinstituttet. Dette fremgår også i Retningslinjene, som understreker at «[d]ersom myndigheter ut i fra nasjonale eller viktige regionale interesser, eller forhold i nabokommunene, har innvendinger mot et kommunalt planforslag, kan det fremmes innsigelse til planen».<sup>227</sup> Dersom en kommune i liten grad tar hensyn til Retningslinjenes anbefalinger, vil de dermed risikere å bli møtt med innsigelse, jf. pbl. §§ 20-5 og 27-2 nr. 2. Dette kan bidra til å sikre at kommunene legger større vekt på de miljøverdier som kommer til uttrykk i Retningslinjene.

De anbefalinger og miljøverdier som fremgår av Retningslinjene, vil dermed være et viktig grunnlag når en kommune skal vurdere hva som er til «*størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet*». Det avgjørende for om Miljøhensyn er sikret en bedre ivaretagelse i vindkraftsaker gjennom Retningslinjene, beror dermed på om Retningslinjene gir uttrykk for et godt vern av de ulike miljøhensyn. Det er derfor grunn til å redegjøre for den ”materielle kjerne” i Retningslinjene.

Retningslinjene opplyser i kapittel 3 en rekke hensyn som kan bli berørt av en vindkraftutbygging. Under hvert tema angis nasjonale mål tilknyttet det aktuelle hensyn, og videre angis spesielle forhold der potensialet for konflikt vil være *svært* stort.

Retningslinjene anbefaler at det ikke tilrettelegges for vindkraftutbygging i slike tilfeller. For at kommunene ikke skal bli møtt med innsigelse, må de derfor legge stor vekt på miljøskader som Retningslinjene anser som uønskede. At en slik verdivurdering legges til grunn av hver enkelt kommune, vil bidra til å sikre en mer forutberegnlig og miljøvennlig arealplanlegging ved vindkraftutbygginger. Til tross for at Retningslinjene ikke har direkte juridiske virkninger, er det grunn til å hevde at de vil bidra til å sikre en bedre ivaretagelse av miljøinteressene i vindkraftsaker.

---

<sup>227</sup> *ibid* s. 32–33.

### 5.2.7 Noen sammenfattende betraktninger

Samlet sett viser den ovenstående drøftelse at plan- og bygningslovens krav om arealavklaring innebærer en omfattende saksbehandlingsprosess. Når en kommunen skal ta stilling til en eventuell planrevisjon i forbindelse med en vindkraftsak, sikrer loven at de potensielle miljøskadene et vindkraftverk vil medføre, er grundig kartlagt. Videre sikrer loven at kommunene foretar en grundig vurdering av fordeler og ulemper som vindkraftverket vil medføre overfor den enkelte og samfunnet som helhet. At miljøhensyn skal inngå i denne interesseavveiningen, kommer klart til uttrykk i både formålsparagrafen og de enkelte planbestemmelsene. Plan- og bygningsloven gir på denne måten miljøinteresser tilstrekkelig rettssikkerhet i materiell forstand. Ivaretagelsen av miljøinteressene styrkes ytterligere av at Miljøverndepartementet nå fremlegger retningslinjer for den vekt som de ulike miljøhensyn bør tillegges i arealplanleggingen.

Loven gir imidlertid kommunene stor frihet når det gjelder vektlegging av de ulike miljøhensyn i møte med andre fordeler ved å tilrettelegge for vindkraftverk. At loven overlater denne interesseavveiningen til den enkelte kommunes skjønn, innebærer en svekkelse av miljøinteressers rettssikkerhet i formell forstand. Dette medfører bl.a. at domstolskontrollen også ved arealforvaltningen er vesentlig begrenset. Domstolene kan riktignok kontrollere om kommunene har trukket inn alle relevante hensyn, og om det har blitt lagt vekt på hensyn som faller utenfor det loven gir adgang til, men selve resultatet av interesseavveiningen ligger endelig hos kommunenes skjønn.

Det har blitt vist til innsigelsesinstituttet som et rettslig virkemiddel for å sikre at kommunale arealplaner som legger for liten vekt på miljøhensyn, blir tilsidesatt av overordnet myndighet. Det kan imidlertid diskuteres om dette vil sikre at miljøinteresser gis styrket rettssikkerhet. Miljøverndepartementet arbeider i stor grad for å få realisert kraftprosjekter som innebærer klimavennlig energiforsyning. Det er derfor ingen garanti for at Miljøverndepartementet vil benytte seg av sin omgjøringskompetanse dersom kommunene har nedprioritert miljøskader. Som det skal vises til nedenfor, er det fare for at Miljøverndepartementet først og fremst vil benytte sin omgjøringskompetanse i det tilfelle

kommunene har lagt for liten vekt på de samfunnsmessige fordeler som følger av en vindkraftutbygging.<sup>228</sup> Slik står vi igjen overfor det faktum at miljøinteresser som lider skade av vindkraftutbygging, står i fare for å bli nedprioritert til fordel for klimahensyn.

Etter dette kan det fastslås at kravet om arealavklaring etter plan- og bygningsloven er en viktig lovordning for å bidra til at de berørte miljøinteresser gis styrket rettsikkerhet i vindkraftsaker. Men grunnet mangel på rettslige virkemidler som vil sikre at lovens verdiriktighet følges opp av kommunene, foreligger det ingen garanti for at for at store miljømessige skadevirkninger gis utslagsgivende vekt i de enkelte planvedtak.

### 5.3 Dispensasjonsadgangen etter plan- og bygningslovens § 7

#### 5.3.1 Innledning

Som det har fremkommet til nå, er utgangspunktet at et vindkraftverk ikke kan iverksettes før utbyggingen er forenlig med de kommunale arealplaner. Lovgiver har imidlertid innført en generell hjemmel som, under visse forutsetninger, gir kommunene fullmakt til å dispensere fra disse plankravene. Dispensasjonshjemmelen følger av pbl. § 7, hvor dispensasjonskompetansen er lagt til det faste utvalget for plansaker.<sup>229</sup>

Det er særlig i to tilfeller hvor spørsmålet om dispensasjon melder seg i vindkraftsaker: For det første kan det være aktuelt med dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Dersom det aktuelle utbyggingsområdet eksempelvis er fastsatt som et LNF-område, åpner § 7 for at det kan dispenseres fra gjeldende arealangivelse, og at en slik kan omgå forbudsbestemmelsen i § 20-6 annet ledd. For det andre kan spørsmålet om dispensasjon oppstå i forbindelse med reguleringsplikten. Vindkraftverk planlegges som regel i områder hvor det ikke foreligger noen reguleringsplan, men vindkraftverket er som tidligere påpekt

---

<sup>228</sup> Se omgjøringssaken til Kvitfjell vindkraftverk som et illustrerende eksempel i kapittel 5.3.4.

<sup>229</sup> For en utførlig drøftelse av dispensasjonshjemmelen i pbl. § 7, se Uggerud.

reguleringspliktig, jf. § 23. Plan- og bygningsloven § 7 åpner her for å dispensere fra reguleringsplikten i sin helhet.<sup>230</sup>

I det tilfelle et vindkraftverk er gitt konsesjon av NVE, kan en rask kommunal planbehandling være hensiktsmessig både for tiltakshaver og den enkelte kommune. Det kan derfor anses som en unødvendig og tidkrevende dobbeltbehandling dersom den berørte kommune i tillegg må foreta en omfattende planbehandling. Ut fra et miljøvernperspektiv er det imidlertid viktig at en dispensasjon ikke gis på bekostning av den rettssikkerhet miljøhensyn er gitt gjennom den ordinære planbehandlingen. Om de berørte miljøinteresser gis svekket rettssikkerhet gjennom lovens dispensasjonsadgang, vil i hovedsak bero på tre forhold: For det første i hvilken grad den omfattende planprosessen som følger av ordinær planbehandling, faller bort. For det andre hvilke rettslige skranker loven oppstiller for dispensasjonsadgangen. For det tredje hvilke hensyn loven oppstiller som saklige og pliktige for en dispensasjonsvurdering.

### 5.3.2 Betingelser for kommunenes dispensasjonskompetanse

#### 5.3.2.1 Noen innledende bemerkninger

Plan- og bygningslovens § 7 første ledd første og tredje punktum lyder som følger:

*«Når særlige grunner foreligger, kan kommunen ... etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift... Vilkårene for å dispensere fra planer eller planbestemmelser som nevnt i punktet foran, er de samme som etter første komma i første punktum.»*

---

<sup>230</sup> I den videre drøftelsen vil disse to dispensasjonstilfellene behandles delvis samlet, og da under termen ”dispensasjon fra lovens plankrav”.

Det gis uttrykk for at et dispensasjonsvedtak ikke kan meddeles i ethvert tilfelle. Bestemmelsen viser til at dispensasjon *kan* gis dersom det foreligger *særlige grunner*. Men hva ligger i denne vage begrepsbruken? Her reiser det seg en rekke juridiske problemstillinger vedrørende de rettslige rammene for kommunenes dispensasjonskompetanse, herunder spørsmålet om hvor langt domstolenes prøvelsesadgang rekker i en dispensasjonssak.

### 5.3.2.2 Nærmere om kravet til «særlige grunner»

La oss først se på hva som ligger i lovens krav til «*særlige grunner*» som en betingelse for dispensasjon. I lovens forarbeider fremgår det at det må foreligge en «*overvekt av hensyn som taler for dispensasjon*» for at kravet skal være oppfylt.<sup>231</sup> Loven legger opp til en interesseavveining hvor de hensyn som taler for og imot dispensasjon, må veies mot hverandre, og hvor *dispensasjonskriteriet* er om det foreligger en interesseovervekt av hensyn som taler for dispensasjon. Men det er ikke dermed sagt at tiltakshaver har en ubetinget rett på dispensasjon dersom interesseovervekt foreligger. Dette følger direkte av ordlyden i § 7; den sier at kommunene *kan* gi dispensasjon dersom særlige grunner foreligger. Bestemmelsen gir uttrykk for at kommunene må foreta en egen hensiktsmessighetsvurdering i tillegg til vurderingen om særlige grunner foreligger. Denne hensiktsmessighetsvurderingen er lagt til kommunenes skjønn, med den virkning at avgjørelsen er endelig. Domsstolene kan derfor kun overprøve kommunenes subsumsjon under kriteriet «*særlige grunner*». Men er denne lovforståelsen riktig? Dette beror på om kravet til «*særlige grunner*» i § 7 er et rettslig minimumsvilkår for kommunenes adgang til å meddele dispensasjon, eller om «*særlige grunner*» kan anses som retningslinje for kommunenes hensiktsmessighetsskjønn.

---

<sup>231</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 101.

### 5.3.2.3 «Særlige grunner» som et rettslig minimumsvilkår eller som en retningslinje for kommunenes hensiktsmessighets skjønn?

Rettstilstanden har lenge vært uklar vedrørende ovennevnte spørsmål.

Ombudsmanns praksis og den juridiske litteratur virker imidlertid samstemte om at kravet til «*særlige grunner*» i § 7 er å anse som et lovfestet minstevilkår for kommunenes dispensasjonskompetanse.<sup>232</sup> Rettsoppfatningen forankres først og fremst i forarbeidenes uttalelser om at det må foreligge overvekt av hensyn for at *lovens krav* skal være oppfylt.

I en Høyesterettsdom avsagt 15. februar i år kom de to tolkingsalternativer opp til behandling.<sup>233</sup> I kortfattet form dreide saken seg om gyldigheten av fylkesmannens omgjøring av et kommunalt dispensasjonsvedtak. Det ble søkt om dispensasjon fra gjeldende reguleringsplan i forbindelse med oppføring av et større forretningsbygg i et område regulert til mindre kontorbygg og lignende. Kommunen meddelte dispensasjon fra gjeldende reguleringsplan, men vedtaket ble omgjort av fylkesmannen. Begge parter prosederte mot domsstolsprøvelse av subsumsjonen under «*særlige grunner*». Høyesterett sa seg enige i dette, og kom enstemmig til at kravet til «*særlige grunner*» i § 7 ikke kan anses som et rettslig minimumsvilkår for dispensasjonsadgangen, men må være en retningslinje for kommunens hensiktsmessighets skjønn.<sup>234</sup> I domspremissene begrunnes resultatet med at dispensasjonsvurderinger vil være «*planrelaterte og politiske*», og dette kombinert med at termen «*særlige grunner*» er svært skjønnsmessig, gjør at «*det i liten grad dreier seg om rettslige rammer*».<sup>235</sup>

Høyesteretts konklusjon kan fremstå som noe eiendommelig, ettersom andre autoritative rettskildes grunnlag taler i for at det er tale om en rettsanvendelsesvurdering. Høyesterett tar her et skritt i motsatt retning av den rettsutvikling i form av skjerpet domsstolskontroll som

---

<sup>232</sup> Se bl.a. Somb-1997-80 (1997 s. 289), Somb-2004-69 (2004 s. 257), Pedersen m.fl. s. 216, Austad s. 50–52 og Bugge 2006 s. 137–138.

<sup>233</sup> Se HR-2007-00326-A.

<sup>234</sup> *ibid* punkt 46.

<sup>235</sup> *ibid* punkt 41 og 42.

har funnet sted siden Naturfredningsdommen fra 1995. Da er det ikke lenger sikkert at den generelle rettstillstanden når det gjelder grensene for hva domstolene kan overprøve, «er helt enkelt blitt avklart i Norge» slik det hevdes i den nyeste juridiske teori.<sup>236</sup>

At kravet til «særlige grunner» i § 7 er å anse som en retningslinje for kommunenes hensiktsmessighetskjønn, innebærer at domstolene kun kan kontrollere om kommunene holder seg innenfor hjemmelsgrunnlaget i interesseavveiningen. Det kan imidlertid spørres om dette i realiteten innebærer noen svekkelse av rettssikkerheten til miljøhensyn i dispensasjonssakene. Vurderingstemaet i dispensasjonssaker er meget utflytende, noe som innebærer at domstolene har få forutsetninger til å overprøve kommunenes vektlegging av de ulike hensyn. Sivilombudsammen peker på dette i en dispensasjonssak hvor det uttales at:

*«innhold av uttrykket 'særlige grunner' sett på bakgrunn av de sammensatte og til dels komplekse planhensyn som ofte gjelder i et reguleringsområde, åpner for en vurdering av en rekke relevante hensyn og en nærmere skjønnsmessig avveining».*<sup>237</sup>

Spørsmålet om domstolene kan prøve subsumsjonen under kriteriet «særlige grunner» har derfor mest teoretisk interesse. Selv om man skulle komme til at domstolene hadde kompetanse til å overprøve subsumsjonen, kan det vanskelig ses hvordan dette kunne gjennomføres i praksis. Utfallet ville mest sannsynlig falle under kategorien *rettsanvendelsesskjønn med begrenset domstolskontroll*. Det avgjørende for om miljøinteresser sikres ivaretagelse i dispensasjonssaker, beror derfor på hvilke hensyn loven oppstiller som relevante og saklige for å kunne gi dispensasjon.

---

<sup>236</sup> Boe 2007 s. 77.

<sup>237</sup> Somb-2004-69 (2004 s. 257 på side 260). Dette synet støttes av Bugge 2006 s. 138.

### 5.3.3 Rammene for dispensasjonsskjønnet

#### 5.3.3.1 Utgangspunkt

Hva som er relevante og saklige grunner etter plan- og bygningsloven, beror på en lovtolkning. Dermed vil også domstolskontrollen komme inn i bildet. Dette understrekes også av førstvoterende i den ovennevnte dom som uttaler: «*domstolskontrollen [må] konsentrere seg om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater – med andre ord om de er relevante og anvendt på en saklig, ikke-diskriminerende måte*».<sup>238</sup>

Sivilombudsmannen har trukket opp en generell ramme for dispensasjonsskjønnet:

*«For at lovvilkåret 'særlige grunner' skal være oppfylt, må det således foreligge spesifiserte, klare og relevante grunner som etter en nærmere konkret vurdering er av en slik karakter og har en slik tyngde at de kan slå igjennom overfor de hensyn reguleringsplanen og de tilhørende reguleringsbestemmelsene er ment å ivareta.»*<sup>239</sup>

Selv om denne uttalelsen knytter seg til en sak som gjaldt dispensasjon fra en reguleringsplan, må den gjelde for alle dispensasjonsvedtak etter § 7.

Et utgangspunkt for vurderingen følger òg av forarbeidene til plan- og bygningsloven, hvor det heter:

*«Ut ifra hensynet til offentlighet, samråd og medvirkning i planprosessen er det viktig at endringer i planene av betydning ikke skjer ved dispensasjoner, men behandles etter de regler som er fastlagt i kapitlene om kommuneplanlegging og reguleringsplaner.»*<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> HR-2007-00326-A punkt 44.

<sup>239</sup> Somb-1997-80 (1997 s. 289 på s. 292).

<sup>240</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 101.

Når det gjelder selve dispensasjonsbestemmelsen, gir ordlyden «*særlige grunner*» ingen veiledning mht. hvilke hensyn som er saklige for dispensasjonsvurderingen. I forarbeidene til plan- og bygningsloven heter det at «[u]ttrykket 'særlige grunner' må ses i forhold til offentlige hensyn planlovgivningen skal ivareta».<sup>241</sup> Utgangspunktet må derfor tas i den bestemmelse som det er aktuelt å fravike. De legislative hensyn bak den aktuelle lovbestemmelse utgjør dermed en viktig rettskilde for drøftelsen om dispensasjon skal meddeles.<sup>242</sup>

### 5.3.3.2 Dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og reguleringsplikten

Av forarbeidene til plan- og bygningsloven fremgår det at «[v]ed unntak fra planer skal bygningsrådet ta relevante planleggingsomsyn etter kapitlene om kommuneplan og reguleringsplan».<sup>243</sup> Dispensasjon fra de kommunale arealplanene stiller seg i en særstilling i forhold til alminnelig dispensasjon fra bestemmelsene i plan- og bygningsloven. Dette har sammenheng med at planene ikke har karakter av en generell bestemmelse, men er en arealangivelse i et bestemt område som er fastsatt på bakgrunn av en utførlig vurdering foretatt av den enkelte kommune.<sup>244</sup>

Dersom planutvalget skal foreta en dispensasjonsvurdering fra kommuneplanens arealdel, må derfor de «*særlige grunner*» referere seg til de hensyn som planen gir uttrykk for. Også her kan det eksemplifiseres med arealformål angitt som et LNF-område. I et slikt tilfelle må hensynet til landbruket, naturen og friluftslivet trekkes inn i dispensasjonsvurderingen. Dette innebærer at de vurderinger som begrunner at det aktuelle området er avsatt til LNF-område, vil være et særlig relevant hensyn som taler imot dispensasjon.

---

<sup>241</sup> I.c.

<sup>242</sup> Forøvrig vises det til Uggerud, som gir en utførlig behandling av relevante og pliktige hensyn.

<sup>243</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 101.

<sup>244</sup> Se nærmere om forskjellen i Pedersen m.fl. s. 218 flg.

Et moment her, er hvor stort avvik fra den gjeldende arealangivelse det er tale om å dispensere fra.<sup>245</sup> Dersom det er tale om et vesentlig avvik, desto større grunn vil det være for å behandle saken gjennom en ordinær planprosess. Herunder er det av betydning hvilken grad gjennomføringen av disponeringen vil bryte med de forutsetninger som er lagt ned i planen. Dersom arealangivelsen i det aktuelle utbyggingsområdet etter en grundig vurdering er fastsatt til et område som ikke egner seg til utbygging, vil følgelig sterke grunner tale imot dispensasjon. Slike avvik må begrunnes, og det er klart at hensynet bak overordnet plan pliktes vektlagt. Utbygging av et vindkraftverk vil imidlertid alltid medføre et vesentlig avvik fra områder som ikke er utlagt som et utbyggingsområde, og vil derfor som regel innebære brudd på de forutsetninger som er lagt ned i gjeldende plan. Derfor kan det spørres om det i hele tatt bør være adgang til å dispensere fra kommuneplanen ved en vindkraftutbygging.

Når det gjelder vurderingen av gjeldende kommuneplan, vil imidlertid et tidsaspekt gjøre seg gjeldende. Det vil være mer forsvarlig dersom planutvalget dispenserer fra en eldre kommuneplan, enn at det er tale om å dispensere fra en nylig utarbeidet plan. Dette momentet kommer til uttrykk i forarbeidene, som nevner at et eksempel på særlig grunn kan være *«tilfeller der vurderingen av arealbruken er endret etter at det ble utarbeidet plan, eller at tidsfaktoren tilsier at en ikke bør avvente planendring»*.<sup>246</sup> Utbygging av vindkraftverk er et nytt tema i utmarksforvaltningen. Denne samfunnsutviklingen møter derfor arealplaner hvor vindkraftutbygging som regel ikke har vært et tema ved planbehandlingen. Sett i lys av forarbeidenes uttalelser kan dette være et moment som taler for at det kan gis dispensasjon fremfor en omfattende planrevisjon. Men om dette i seg selv kan anføres som en særlig grunn for dispensasjon, er mer tvilsomt.

Dersom det er aktuelt å dispensere fra selve reguleringsplikten etter § 23, er det hensynet bak den lovfastsatte reguleringsplikten som vil være relevant for interesseavveiningen. Som

---

<sup>245</sup> *ibid.* s. 219.

<sup>246</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 101.

det gikk frem av kapittel 5.2.4, er formålet bak en lovbestemt reguleringsplikt at planleggingen legges på et mer detaljert nivå enn hva tilfellet er for kommuneplanens arealdel, slik at det i større grad kan tas hensyn til enkelte interesser som befinner seg i det aktuelle området. I vurderingen om «*særlige grunner*» foreligger, må derfor planutvalget trekke inn de interesser som lider tap ved at det ikke foretas en detaljert planbehandling. Dersom det eksempelvis befinner seg store forekomster av sårbare kulturminner i planområdet, vil dette være et hensyn som taler sterkt imot en dispensasjon fra reguleringsplikten, og som pliktes vektlagt.

Reguleringsplaner innebærer også en grundigere prosess enn hva tilfellet er ved utarbeidelse av kommuneplanens arealdel. Dette tilsier at det ikke burde kunne gis dispensasjon fra kravet om reguleringsplan. Plan- og bygningsloven oppstiller imidlertid ingen rettslige skranker mot å dispensere fra reguleringsplikten i sin helhet. At særlige grunner kan tale for en slik dispensasjon, skal imidlertid vanskelig forsvares av en kommune. Men Miljøverndepartementets Retningslinjer viser til at dispensasjon fra kravet til reguleringsplan gjelder fullt ut, dersom overveiende hensyn foreligger.<sup>247</sup> Dette tilsier at det ikke kreves strengere begrunnelse enn hva som gjelder for dispensasjon fra arealdelen av kommuneplanen.

### 5.3.3.3 Formålsparagrafen som ramme for dispensasjonsskjønnet

De offentlige hensyn planlovgivningen skal ivareta, kommer også til uttrykk i lovens formålsparagraf, som bidrar til fastsettelse av rammene for de saklige og pliktige hensyn for dispensasjonsskjønnet. Dette innebærer at planutvalget både må vurdere *bruk* og *vern*, samt de *estetiske hensyn* i den enkelte dispensasjonsvurdering. Dermed sikres det at slike hensyn også vil bli vektlagt i en dispensasjonssak.

---

<sup>247</sup> Jf. Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 37.

Av særlig interesse ved en dispensasjonssak er formålsparagrafens anvisning på at planlegging etter loven skal «*legge til rette for samordning av statlig, fylkeskommunal og kommunal virksomhet*», jf. § 2 første ledd. Ved en dispensasjonsvurdering vil derfor et vesentlig moment være om tiltaket som meddeles dispensasjon, harmoniserer med overordnede planer eller annen statlig virksomhet. Dette innebærer for det første at fylkesplanens arealangivelse vil være et moment ved dispensasjonsvurderingen. Selv om denne kun er *retningsgivende* ved kommunale planspørsmål, vil en utbygging som strider med arealformålet i overordnet plan, tale mot dispensasjon. I retningslinjene heter det at kommunen bør «*legge vekt på om tiltaket er i samsvar med overordnet plan*» og det anbefales at planutvalget ikke bør gi dispensasjon dersom fylkeskommunen går imot dette.<sup>248</sup> Slik sikres fylkeskommunen en viss innvirkning også ved dispensasjonsvedtak.

Når det gjelder *statlig samordning*, har vi sett at en foreliggende konsesjon vil være et saklig hensyn for kommunenes arealplanlegging. Dette gjelder også i en dispensasjonssak. Det er uttalt i Miljøverndepartementets Retningslinjer at: «*[d]et at tiltaket behandles etter energiloven, er et moment i forhold til vurderingen av om det foreligger særlig grunn, men vil ikke alene være grunnlag for dispensasjon*».<sup>249</sup> Kommunene kan dermed legge vekt på en foreliggende konsesjon, men ikke alene begrunne et dispensasjonsvedtak med henvisning til NVEs konsesjonsbehandling.

Et særlig spørsmål som også melder seg mht. dispensasjonsvurderingen, er om kommunene kan legge vekt på tiltakhavers tilbud om en årlig økonomisk kompensasjon. I kapittel 5.2.6.2 ble det reist en tvil om kommunene har rettslig adgang til å legge vekt på slik økonomiske kompensasjoner ved en planrevisjon. Det kan imidlertid reises enda større tvil om slike økonomiske fordeler er saklige i en dispensasjonsvurdering. Dette vil for det første ligge utenfor de «*spesifiserte, klare og relevante grunner*» som Sivilombudsmannen har trukket opp. For det andre taler sterke reelle hensyn imot at kommunene kan legge vekt

---

<sup>248</sup> Se Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 28.

<sup>249</sup> *ibid* s. 28 og 37.

på økonomiske fordeler ved dispensasjon fra bestemmelser som omhandler en grundig miljøvurdering.

#### 5.3.4 Dispensasjon på bekostning av rettssikkerheten til miljøinteresser?

Hvilke konklusjoner kan man så trekke fra det ovenstående når det gjelder spørsmålet om miljøinteressers rettssikkerhet svekkes i vindkraftsaker hvor det dispenserer fra lovens plankrav?

Med hensyn til medvirkningsprosessen ved ordinær planbehandling, kom det i kapittel 5.2.5 frem at de berørte aktører sikres en god deltakelse ved ordinære planbehandling. I en dispensasjonssak er imidlertid berørte aktørers mulighetene for medvirkning noe svekket. Det følger av § 7 tredje ledd at «[f]ør det gjøres vedtak, skal naboer og gjenboere varsles». Bestemmelsen gir imidlertid ikke lokalbefolkningen anledning til å uttale seg i saken. Det samme gjelder for interesseorganisasjoners vedkommende. Loven stiller dessuten ikke krav om at en dispensasjonssak legges ut på offentlig ettersyn. Dette er begge forhold som kan tale for at rettssikkerheten til de berørte miljøhensyn svekkes ved et dispensasjonsvedtak. Her kan imidlertid fvl. § 17s utredningskrav sette en plikt for kommunene å integrere de berørte interessers syn på saken. Et dispensasjonsvedtak kan med hjemmel i fvl. § 17 tilsidesettes som ugyldig dersom saken ikke er «så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Forvaltningslovens § 17 kan dermed bidra til at dispensasjonsvedtak bygger på et grundig utredningsgrunnlag.

Som sagt er dispensasjonsadgangen innført for at saksbehandlingen etter plan- og bygningsloven skal skje på en forenklet måte. Kommunenes dispensasjonsadgang i vindkraftsaker innebærer at viktige rettssikkerhetsgarantier som ivaretas gjennom den ordinære planbehandlingen, forsvinner. Der de alminnelige dispensasjonssakene dreier seg om mindre endringer i gjeldende areal- eller reguleringsplaner, vil dispensasjon fra lovens plankrav i vindkraftsaker innebære at et meget omfattende arealinngrep iverksettes uten ordinær planbehandling. Det er derfor viktig at kommunenes dispensasjonskompetanse kun blir brukt i de tilfeller hvor det er *åpenbart* at vindkraftverket ikke vil medføre skader

overfor miljøinteresser i området. Dette vil imidlertid sjelden kunne fastslås ved en vindkraftutbygging. Derfor kan det spørres om det overhode bør være adgang til å meddele dispensasjon i vindkraftsaker.

Dersom kommunene i for stor grad benytter seg av dispensasjonsadgangen, vil den viktige rettssikkerhetsgaranti som følger av lovens krav til arealavklaring, bortfalle i vindkraftsaker. Som det heter i forarbeidene, må ikke planutvalget «*bruke sin dispensasjonsmyndighet på en slik måte at den undergraver planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag*».<sup>250</sup> Derfor burde dispensasjon kun anvendes i vindkraftsaker hvor verken offentlige myndigheter, interesseorganisasjoner eller berørte aktører går imot at det bygges ut vindkraftverk i det aktuelle området.

Et virkemiddel for å sikre at kommunene ikke vedtar et uønsket dispensasjonsvedtak, er at loven åpner for mulighet til å påklage et dispensasjonsvedtak etter pbl. § 15 annet ledd. Avgjørelseskompetansen ligger etter delegasjon hos fylkesmannen.<sup>251</sup> Dersom fylkesmannen går imot dispensasjon, avgjøres saken med endelig virkning av Miljøverndepartementet. Ovenfor i kapittel 5.2.7 ble det påpekt at Miljøverndepartementets avgjørelseskompetanse ikke nødvendigvis innebærer en rettssikkerhetsgaranti for de interesser som lider under et dispensasjonsvedtak. Når det gjelder dispensasjonssaker er det konfliktfylte vindkraftverket på Kvittfjell et illustrerende eksempel.<sup>252</sup> I denne saken meddelte Tromsø kommune tiltakshaver dispensasjon fra reguleringsplikten etter § 23. Fylkesmannen i Finnmark omgjorde imidlertid dispensasjonsvedtaket og påla kommunen å utarbeide en reguleringsplan for det aktuelle utbyggingsområdet. Saken endte hos Miljøverndepartementet, som i sin tur omgjorde fylkesmannens vedtak, slik at kommunens dispensasjonsvedtak ble gjeldende. Dette viser at Miljøverndepartementet i stor grad vektlegger klimahensyn i vindkraftsaker, noe som må kunne sies å representere en vesentlig svekkelse av rettssikkerheten til de berørte interesser i vindkraftsaker.

---

<sup>250</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 101.

<sup>251</sup> Se Miljøverndepartementets Retningslinjer s. 37–38.

<sup>252</sup> Se konsesjonsvedtaket til Kvittfjell vindkraftverk.

#### 5.4 En samlet vurdering

Dette kapitlet reiste problemstillingen om *plan- og bygningslovens krav om planavklaring vil sikre at det ikke bygges ut vindkraftverk som vil medføre store miljøskader.*

Drøftelsen har vist at lovens krav om arealavklaring er et meget viktig verktøy for ivaretagelse av miljøinteresser i vindkraftsaker. Gjennom kravet om arealavklaring gis kommunene en avgjørende rolle som beslutningsmyndighet, som kan sies å sidestille seg til den rolle NVE innehar gjennom konsesjonsbehandlingen. Et slikt dobbeltbyråkrati med behandling etter to lovverk kan følgelig by på problemer, men er på den andre siden en viktig garanti for at vindkraftverkets skadevirkninger overfor miljøinteresser underlegges en grundigere behandling. Som det har blitt vist, er miljøhensyn gitt en tilstrekkelig rettssikkerhet i materiell forstand i plan- og bygningsloven.

Med hensyn til miljøinteressers rettssikkerhet i formell forstand, har det blitt påpekt to svakheter ved plan- og bygningsloven: For det første legger loven opp til en interesseavveining som i stor grad beror på skjønnsmessige vurderinger. Domstolene har derfor liten mulighet til å overprøve hva en kommune anser som *størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet*. For det andre har det blitt vist at kommunene har utstrakt dispensasjonskompetanse i vindkraftsaker, hvor verken selve kompetansen eller den nærmere avveiningen er styrt av rettslige rammebetingelser. Også her har vi sett at det foreligger store begrensninger mht. hva som kan overprøves av domstolene.

Når da kommunene blir møtt med sterkt press om å legge til rette for vindkraftutbygging, både i form av et foreliggende konsesjonsvedtak, politisk press fra flere hold og ved store økonomiske kompensasjoner fra tiltakshaver, er det fare for at miljøhensyn blir nedprioritert av kommunene. Sammenhold med Miljøverndepartementets klimavennlige omgjøringspraksis er dette tilstrekkelig for å kunne fastslå at plan- og bygningslovens anvendelse i vindkraftsaker ikke vil hindre at det bygges ut vindkraftverk som kan medføre store miljøskader.

## 6 En helhetlig vurdering, samt noen rettspolitiske betraktninger

### 6.1 Vurderingen av rettsstilstanden – avhandlingens konklusjon

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven har vært *om gjeldende rettsregler gir de berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettsikkerhet i vindkraftsaker.*

Drøftelsen har blitt knyttet opp mot en rettsikkerhetsmålsetting; at lovverket sikrer at det ikke gis utbyggingstillatelse i de tilfeller hvor vindkraftutbyggingen vil medføre *store miljøskader*. I analysen av om gjeldende rettsregler lever opp til denne rettsikkerhetsmålsetningen, har det blitt brukt et metodeverktøy som skiller mellom rettsikkerhet i materiell og formell forstand. Gjennom bruken av dette metodeverktøyet i den rettsdogmatiske analysen, har det fremkommet flere rettslige svakheter.

Vi har sett at energiloven i sin utforming til en viss grad ivaretar miljøhensyn. Dette først og fremst ved at loven pålegger NVE å vurdere og vektlegge de skadevirkninger vindkraftverket medfører overfor de berørte interesser. Men energiloven har ingen eksplisitt henvisning til miljøhensyn verken i formålsparagrafen eller i konsesjonsbestemmelsen. Lovgiver har på denne måten gitt uttrykk for at miljøskadene er et subsidiært hensyn i konsesjonsbehandlingen. Det har imidlertid blitt vist til at NVE har adgang til å legge utslagsgivende vekt på miljøskadene et vindkraftverk kan medføre, noe som gjør at miljøhensyn til en viss grad er gitt rettsikkerhet i materiell forstand etter energiloven.

Plan- og bygningsloven gir på sin side miljøhensyn større forankring i både formålsparagrafen og de ulike planbestemmelsene. Loven gir kommunene vid fullmakt til å vektlegge de skadevirkninger som følger av en vindkraftutbygging, og således gir loven uttrykk for en god miljømessig verdiriktighet.

Når det gjelder rettsikkerhet i formell forstand – sikkerheten for at lovens verdiriktighet etterleves – har det blitt sondret mellom prosessuelle og materielle rettsikkerhetsgarantier.

Drøftelsen har vist at det i stor grad foreligger prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i vindkraftsaker. Begge lovverk sikrer at vedtakene som treffes er grundig utredet; alle potensielle skadevirkninger blir kartlagt og berørte aktører sikres en bred medvirkning. Domsstolene kan også i stor grad overprøve om forvaltningen overholder lovens utredningskrav.

Den rettslige svakheten – og kimen til en konfliktfylt vindkraftsatsing – ligger imidlertid i mangelen på materielle rettssikkerhetsgarantier. Både energiloven og plan- og bygningsloven overlater vektleggingen av de ulike hensyn til NVEs og kommunenes skjønn. Lovene bruker vage og skjønnsmessige termer som ”*samfunnsmessig rasjonell*”, ”*hva som er mest hensiktsmessig for den enkelte og samfunnet*” og ”*særlige grunner*”. Dette er en begrepsbruk som det vanskelig kan utledes rettslige minimumskrav av. Vurderingen om miljøinngrepet som følger av en vindkraftutbygging er akseptable, bærer derfor mer preg av å være en politisk vurdering, fremfor en rettslig drøftelse. Vi har sett at dette medfører at vår kanskje viktigste rettssikkerhetsgaranti – prøvelsesretten for domstolene – i stor grad er tilsidesatt i vindkraftsaker.

Mangel på slike materielle rettssikkerhetsgarantier medfører at det ikke foreligger noen garanti for at gjeldende rettsreglers verdiriktighet blir fulgt opp av forvaltningen, med andre ord; ingen garanti for rettsriktighet.

Det kan derfor konkluderes med at *gjeldende rettsregler ikke gir de berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettssikkerhet i vindkraftsaker.*

## 6.2 Hvordan kan rettssikkerheten ivaretas?

Denne oppgaven har utelukkende vært en rettsdogmatisk analyse av gjeldende rettsregler i vindkraftsaker. Det har det kommet frem at dagens lovverk inneholder svakheter mht. rettssikkerheten til de berørte miljøinteresser. Avslutningsvis er det derfor grunn til å reise spørsmålet om det er hensiktsmessig med strengere lovrammer i vindkraftsaker. Etter det ovenstående, må dette kunne besvares bekreftende.

I forhold til vindkraftsatsingen er det en verdidiskusjon som ikke synes slutført. Hva som er akseptable og ikke-akseptable virkninger har ikke kommet til uttrykk i loven, men beror på forvaltningens skjønn i den enkelte sak. Dette fremmer liten forutberegnelighet for både tiltakshaver og for de som står i fare for å bli skadelidende av en vindkraftutbygging. Utbygging av vindkraftverk medfører så store inngrep i landskapet, og berører en rekke allmenne og private interesser, at det er derfor grunn til å hevde at vindkraftsatsingen må bli mer demokratisert. Dette kan først og fremst skje ved at lovgiver fastsetter klarere rammer for skjønnsutøvelsen til forvaltningen.

Et spørsmål i denne anledning er om energiloven er det beste verktøyet for å regulere vindkraftkonsesjoner. Loven er svært generell og er utformet uten utbygging av vindkraftverk som et vurderingstema. Etter de funn som er gjort i denne avhandlingen er det grunn til å hevde at det ville ha vært mest hensiktsmessig med en egen lov som utelukkende regulerte vindkraftsaker, slik tilfellet er for vannkraftutbyggingen som reguleres av vannressursloven.

Det vil føre for langt her å gå inn i en bred drøftelse om innholdet i en slik vindkraftlov, men enkelte forhold kan nevnes:

For det første hadde det vært tjenlig med et rettsliggjort konsesjonskriterium. Her kan rettssikkerhetsmålsetningen fastsatt i kapittel 1.4 vært et godt utgangspunkt – det skal ikke gis konsesjon til vindkraftverk som medfører *store miljøskader*. Dette måtte bli fulgt opp av lovbestemmelser som angir hva som anses som store miljøskader.

For det andre hadde det vært hensiktsmessig med bestemmelser som i større grad la føring på forvaltningens interesseavveining i form av rettslige kriterier. Loven må skille mellom klimamessige fordeler og miljøskader. Slik vil det unngås at forvaltningen kan forsvare en miljøskadelig utbygging med de positive virkninger som vindkraftverket vil ha for miljøet i

vid forstand. Videre må det må komme til uttrykk i loven hvilke miljøhensyn som særlig skal vektlegges og hvilke miljøskader som skal unngås.

For det tredje burde de øvrige rettsgrunnlag behandlet i kapittel 4, komme til uttrykk i lovteksten. Plikt til å foreta en føre vår-vurdering og til å legge vekt på en bærekraftig vindkraftforvaltning, ville fremmet en mer miljøvennlig vindkraftsatsing. Krav om avklaring etter andre lovverk burde òg rettsliggjøres. Dette ville skapt en mer effektiv saksbehandlingsprosess hvor konflikt mellom ulike forvaltningsorganer kunne unngås. I tillegg burde en vindkraftlov inneholde en bestemmelse som påpeker at loven gjelder med de begrensninger som følger av våre folkerettslige forpliktelser. Dermed ville våre traktatforpliktelser i større grad bli gjenstand for en konkret vurdering i den enkelte vindkraftsak.

Rettsliggjøring av forvaltningsskjønnet, samt en lovsatt verdiprioritering av de ulike hensyn, ville medført en mer demokratisk og forutberegnlig vindkraftsatsing. Dette ville òg ha gjort subsumsjonen mer egnet for domsstolskontroll. Hovedpoenget er ikke at det er ønskelig at sakene ender i rettsapparatet, men at det kan virke forebyggende mot at forvaltningen nedprioriterer miljøhensyn. Et slikt syn støttes i juridisk teori:

*«Forvaltningen vet at domsstolene kan kontrollere lovanvendelsen. Denne vissheten er med på å hindre at forvaltningen overskrider sin myndighet.»*<sup>253</sup>

Den nærmere utformingen av en eventuell vindkraftlov vil jeg overlate til andre, men avhandlingen kan benyttes som et bakgrunnsmaterielle som viser hvor de rettslige svakhetene ligger etter dagens rettsregler. Da gjenstår det å se om et slikt lovarbeid vil foreligge *før* de politiske utbyggingsmålene for vindkraftverk oppfylles, med fare for store miljømessige skadevirkninger.

---

<sup>253</sup> Boe 2007 s. 73.

## 7 Litteraturliste

### *Litteraturforkortelser:*

- Aulstad: 'Retts spørsmål knyttet til planvedtak og dispensasjonsvedtak i medhold av plan- og bygningsloven'. Johan Greger Aulstad. I *Festskrift til Carl August Fleischer*, Oslo 2006
- Backer 1994: 'Nye norske regler om konsekvensutredninger – fremmer de miljø-sikkerheten?' Inge Lorange Backer. *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 9/1994.
- Backer 1997: 'Konsekvensutredninger etter norsk rett'. Inge Lorange Backer. I *Miljøkonsekvensbeskrivning*, Ellen Margrethe Basse (red). Stockholm 1997.
- Backer 2002: *Innføring i naturressurs- og miljørett*. Inge Lorange Backer. 4. utg. Oslo 2002.
- Boe 2003: *Innføring i juss*. Erik Magnus Boe. To bind, Oslo 1993.
- Boe 2005: 'Retts sikkerhet'. Erik Magnus Boe. I *Rettsfilosofi*, Svein Eng (red.), foreløpig utg. Oslo 2005.
- Boe 2007: 'Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?' Erik Magnus Boe. *Lov og Rett*, nr. 2 2007.
- Bugge 1999: *Forurensningsansvaret*. Hans Christian Bugge. Oslo 1999.

- Bugge 2006: *Lærebok i miljøforvaltningsrett.* Hans Christian Bugge. Oslo 2006.
- Christophersen: *På vei mot en grønn rett?* Anne Bahr Christophersen. Oslo 1997.
- Eckhoff: *Rettskildelære.* Torstein Eckhoff. 5. utg. v/Jan E. Helgesen Oslo 2001.
- Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett.* Torstein Eckhoff og Eivind Smith. 8. utg. Oslo 2006.
- Eskeland: *Fangerett.* Ståle Eskeland. Oslo 1989.
- Fauchald: 'Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110 b'. Ole Kristian Fauchald. *TfR*, nr. 1 og 2, 2007.
- Fleischer 1992: *Plan- og bygningsretten.* Carl August Fleischer. Oslo 1992.
- Fleischer 1999: *Miljø- og ressursforvaltning.* Carl August Fleischer. 3. utg. Oslo 1999.
- Fleischer 2005: *Folkerett.* Carl August Fleischer. 8. utg. Oslo 2005.
- Graver: *Alminnelig forvaltningsrett.* Hans Petter Graver. 2. utg. Oslo 2002.

- Helgesen: *Teorier om folkerettens stilling i norsk rett.* Jan Erik Helgesen. Oslo 1982.
- Holme: *Kulturminnevern.* Jørn Holme (red.). Bind II, 2. utg. Oslo 2005.
- Høgberg: 'Legislative hensyn ved kriminalitetsbekjempelse'. Alf Petter Høgberg. *Forskningsprogrammet om økonomisk kriminalitet*, rapport nr. 44.
- Lilleås: 'Bevaring av biologisk mangfold gjennom kommunal arealplanlegging'. Benedikte Lilleås. *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 2/2003.
- Mæhle: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn.* Synne Sæther Mæhle. Oslo 2005.
- Pedersen m.fl.: *Plan- og bygningsrett.* Odd Jarl Pedersen, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Audvar Os og Stein Ness. Oslo 2000.
- Rogstad: *Reguleringsplaner – innhold og virkninger.* Daniel Rogstad. Oslo/Ås 1999 [upublisert].
- Ruud/Ulfstein: *Innføring i folkerett.* Morten Ruud og Geir Ulfstein. 3. utg. Oslo 2006.
- Tande/Støa: 'Norge som ledende vindkraftnasjon'. John Olav Tande og Petter Støa. *Horisont*, nr. 1/2004.

Uggerud: *Plan- og bygningsloven § 7.* Ken Uggerud. Oslo 1994.

Verdenskommisjonen for miljø og utvikling. *Vår felles framtid.* Norsk utg. Oslo 1987.

Voigt: *Sustainable Development as a Principle of Integration in International Law.* Christina Voigt. Doktoravhandling, Oslo 2006.

- Norsk ordbok, Kunnskapsforlaget Oslo 2004.

*Lover:*

- Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grl.).
- Bygningslov 18. juni 1965 nr. 7 [opphevet].
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (fvl.).
- Lov om naturvern 19. juni 1970 nr. 63 (nvl.).
- Lov om kulturminner 9. juni 1978 nr. 50 (kulml.).
- Lov om vern mot forurensninger og om avfall 13. mars 1981 nr. 6 (forurl.).
- Lov om viltet 29. mai 1981 nr. 38 (viltl.).
- Plan- og bygningslov 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.).
- Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. 29. juni 1990 nr. 50 (enl.).
- Lov om kommuner og fylkeskommuner 25. september 1992 nr. 107 (kml.).

- Lov om jord 12. mai 1995 nr. 23 (jl.).
- Lov om vassdrag og grunnvann 24. november 2000 nr. 82 (vrl.).

*Forskrifter og konglige resolusjoner:*

- Forskrift 9. februar 1979 nr. 8785      Forskrift om faglig ansvarsfordeling mv etter kulturminneloven.
- Forskrift 7. desember 1990 nr. 959      Energilovforskriften (enl.for.).
- Forskrift 21. mai 1999 nr. 502      Forskrift om konsekvensutredninger [opphevet].
- Forskrift 24. juni 2003 nr. 749      Forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker.
- Forskrift 1. april 2005 nr. 276      Forskrift om konsekvensutredninger (KU-forskriften).
- Forskrift 23. august 2006 nr. 993      Delegering til NVE etter energiloven.
  
- Kgl. res. av 18. januar 1991 nr. 24.

*Internasjonale konvensjoner m.m.:*

- EMK      Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950.
- Bernkonvensjonen      Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, Bern 19. september 1979
- Biodiversitetskonvensjonen      Convention on Biological Diversity, Rio de Janeiro, 22. mai 1992. Inntatt i st.prp. nr. 56 (1992–1993).
- Rio-erklæringen      The Rio Declaration on environment and Development, Rio de Janeiro, 5. juni 1992.

- Århuskonvensjonen      Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and access to Justice in Environmental Matters, Århus 25. juni 1998.

*Forarbeider, stortingsforhandlinger og offentlige utredninger:*

- Innst.O. nr. 37 (1994–1995)      Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i plan- og bygningsloven.
- Innst.S. nr. 163 (1991–1992)      Om GrL. § 110 b.
- Innst.S. nr. 122 (1999–2000)      Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om energipolitikken.
- Innst.S. nr. 257 (2003–2004)      Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om samlet plan for vindkraftverk
- Innst.S. nr. 97 (2005–2006)      Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om samlet plan for vindkraftverk
- St.prp. nr. 1 (2006–2007)      Soria Moria-erklæringen.
- St.meld. nr. 29 (1998–1999)      Om energipolitikken.
- St.meld. nr. 25 (2002–2003)      Regjeringens miljøvernpolitikk og rikets miljøtilstand
- St.meld. nr. 11 (2004–2005)      Sametingets virksomhet i 2003.
- St.meld. nr. 21 (2004–2005)      Regjeringens miljøpolitikk og rikets miljøtilstand.

- Ot.prp. nr. 11 (1979–1980)      Om lov om vern mot forurensinger og om avfall.
- Ot.prp. nr. 9 (1980–1981)      Om lov om viltet.
- Ot.prp. nr. 56 (1984–1985)      Plan- og bygningslov.
- Ot.prp. nr. 75 (1988–1989)      Om lov om endringer i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77. Bestemmelser om konsekvensutredninger.
- Ot.prp. nr. 43 (1989–1990)      Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m.
- Ot.prp. nr. 39 (1993–1994)      Om lov om endringer i plan- og bygningsloven.
- Ot.prp. nr. 47 (2003–2004)      Om lov om endringer i plan- og bygningsloven.
  
- NOU 2001:7      Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven.
- NOU 2003:14      Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II.
- NOU 2006:18      Et klimavennlig Norge.

*Avgjørelser:*

Høyesterett:

- Rt. 1962 s. 530
- Rt. 1972 s. 578
- Rt. 1982 s. 241      Alta-sak II.

- Rt. 1992 s. 346
- Rt. 1993 s. 278      Gaulosen.
- Rt. 1993 s. 321
- Rt. 1993 s. 528      Lunner pukkverk.
- Rt. 1995 s. 738      Norsk Fett- og Limindustri.
- Rt. 1995 s. 1427     Naturfredningsdommen.
- Rt. 1995 s. 1939     Ohna.
- HR-2007-00326-A, avsagt 15. februar 2007.

*Rettens gang:*

- RG 1969 s. 325.
- RG 1991 s. 528.
- RG 2000 s. 1125.
- RG 2005 s. 1454.

*Vindkraftkonsesjoner og konsekvensutredninger:*

- Smøla vindkraftverk      Konsesjonssak 199704484-164, vedtatt 18. desember 2000.
- Kvitfjell vindkraftverk    Konsesjonssak 200100469-6, vedtatt 15. februar 2001.
- Nygårdsfjellet trinn II    Konsesjonssak 200501966-117, vedtatt 19. desember 2006.
- Lista vindkraftverk        Konsesjonssak 200302250-133, vedtatt 19. desember 2006.
- Fakken vindkraftverk       Konsesjonssak 200400427-107, vedtatt 19. desember 2006.

- Konsekvensutredningen til Nygårdstjelletrinn II, utstedt 6. april 2006.

*Uttalelser fra Sivilombudsmannen:*

- Somb-1997-80 (1997 s. 289)
- Somb-2004-69 (2004 s. 257)

*Politiske retningslinjer, faktaark mv.:*

- Faktaark; *Klima, luftforurensning og støy*, TA-1738. SFT 2000.
- *Vindkraft og miljø – en erfaringsgjennomgang*. Rapport fra NVE, Riksantikvaren og Direktoratet for naturforvaltning mai 2003.
- *Retningslinje for behandling av støy i arealplanlegging*, T-1442. Miljøverndepartementet 26. januar 2005.
- *Veileder til Miljøverndepartementets retningslinje for behandling av støy i arealplanlegging*, TA-2115. Miljøverndepartementet 2005.
- *Elektriske anlegg og kraftledninger*. Statens bygningstekniske etat HO-1/2006.
- *Nasjonale retningslinjer for planlegging og lokalisering av vindkraftverk*. Miljøverndepartementet [utkast oktober 19. oktober 2006].
- Planjuss nr. 1/2002, T-1395.

*Uttalelser:*

- Miljøverndepartementet v/Knut Arild Hareide, i pressemelding 25. august 2005.
- Kommunal- og regionaldepartementets pressemelding nr. 100, 24. november 2006.

*Websider:*

- Statistisk sentralbyrås nettsider [www.ssb.no](http://www.ssb.no)
- NVEs nettsider [www.nve.no](http://www.nve.no)