

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Sindre Ulvund Løvgaard

Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming?

En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk

Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming?

En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk

Sindre Ulvund Løvgaard

Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming?

En analyse av gjeldende rettsregler for
bygging av offshore vindkraft, og en vurdering
av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk



MarIus nr. 382

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2009

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Besøksadresse: Karl Johans gate 47

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Postdoktor Alla Pozdnakova

Trykk: 07 Lobo Media

Forord

Denne avhandlingen ble til i løpet av 10 innholdsrike måneder som vitenskapelig assistent ved Universitetet i Oslo. Selv om jeg opplevde oktober og november 2008 som et lite kaos av krampeaktig tidspress, ville jeg aldri vært denne tiden foruten.

Perioden som vitenskapelig assistent var fin på mange måter. Jeg fikk mulighet til å bli kjent med vitenskapelig ansatte på juridisk fakultet, særlig ved avdeling for petroleums- og energirett, naturressursgruppa og Europaretten. I løpet av disse månedene fikk jeg anledning til å snakke om oppgaven min flere ganger på universitetet og hos tre ulike advokatfirmaer. På denne måten fikk jeg oppleve både konstruktive innspill og kritikk.

I tillegg fikk jeg vært på tre turer med både faglig og sosialt innhold. En uke ble fordrevet i Brussel og Luxembourg på jakt etter felleskapsrettens betydning for norsk rett. Tre dager forsvant til vindkraftseminar på Stiklestad. Ytterligere noen dager gikk til energiseminar på Island sammen med en gruppe dyktige energijurister. Sist, men ikke minst, fikk jeg praktisert en måned i kraftavdelingen til advokatfirmaet Thommessen. Der ble jeg møtt av et sterk fagmiljø, hyggelige mennesker og god mat.

Skriveprosessen var som en tur med berg- og dalbane. En opptur ble avløst av en nedtur og motsatt. Den egentlige skrivingen av oppgaven foregikk de to til tre siste månedene før innlevering. Så lang tid tok det for meg å få lagt de puslebrikkene i energiretten som jeg måtte ha, før jeg følte meg beredt til å skrive.

Kvaliteten på arbeidet må det være opp til andre å vurdere. For min egen del ser jeg at avhandlingen har sin styrke i at den pløyer urørt mark. Avhandlingen har likevel opplagte svakheter. Som mange andre kunne jeg ønsket mer tid til å gjennomarbeide stoffet og foreta flere dypdykk i materien. Av ulike grunner passet det ikke å bruke mer tid, og i etterkant har jeg vært glad for at jeg leverte arbeidet når jeg gjorde.

I tiden mellom innlevering av avhandlingen og publisering, har Olje- og energidepartementet sendt et forslag til en ny lov for produksjon av fornybare energier til havs på høring. Dette lovforslaget behandles ikke

utførlig i oppgaven. I avhandlingens kapittel 5 har jeg gjort en del tilføyelser i petit. Disse er ment for å oppdatere leseren i forhold til det nye lovforslaget.

Jeg vil takke professor Ulf Hammer og professor Hans Christian Bugge ved Universitetet i Oslo for å ha hjulpet meg gjennom skriveprosessen. Ulf støttet meg hele veien gjennom arbeidet både muntlig og gjennom sine tidligere publiserte arbeider i energiretten. Hans Christian, som var min veileder, stilte opp mer enn jeg kunne forvente da arbeidet nærmet seg slutten. Den tiden Hans Christian ryddet i kalenderen sin i oktober/november 2008 for å veilede meg når jeg trengte det som mest, var helt avgjørende for resultatet.

Videre vil jeg takke avdeling for petroleums- og energirett, naturressursgruppa og finansieringen til advokatfirmaet Thommessen.

En hilsen går til stipendiat Nikolai Winge. Winge har et imponerende engasjement rundt spørsmål knyttet til vindkraft. Lykke til videre med doktorgradsarbeidet!

Til slutt går det selvfølgelig en stor takk til alle de vitenskapelige assistentene på Europaretten og petroleums- og energiretten. Solveig nevnes spesielt siden hun holdt ut med å dele kontor med meg hele veien.

Sindre Ulvund Løvgaard

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | Innledning..... | 1 |
| 1.1 | Tema..... | 1 |
| 1.2 | Aktualitet..... | 3 |
| 1.3 | Metode og kilde tilfang..... | 7 |
| 1.4 | Den videre fremstillingen..... | 9 |
| 2 | Hensyn og intersemotsetninger | 10 |
| 2.1 | Vindkraftanleggenes karakter | 10 |
| 2.2 | Arealkonflikter | 12 |
| 2.2.1 | Fiskeriaktivitet | 12 |
| 2.2.2 | Skipsfart..... | 13 |
| 2.2.3 | Petroleumsnæringen | 14 |
| 2.3 | Miljøkonflikter | 14 |
| 3 | Det nasjonale rammeverket for bygging av offshore vindkraft | 17 |
| 3.1 | Innledning..... | 17 |
| 3.2 | Konsesjonsbehandling etter energiloven | 20 |
| 3.2.1 | Funksjonelt anvendelsesområde | 20 |
| 3.2.2 | Geografisk anvendelsesområde | 21 |
| 3.2.3 | Konsesjonskrav i indre farvann | 24 |
| 3.2.4 | Indirekte betydning utenfor grunnlinjene | 30 |
| 3.3 | Planreglene i plan- og bygningsloven..... | 34 |
| 3.3.1 | Ny plan- og bygningslov | 34 |
| 3.3.2 | Funksjonelt anvendelsesområde | 35 |
| 3.3.3 | Geografisk anvendelsesområde | 36 |
| 3.3.4 | Planavklaringskrav i indre farvann..... | 38 |
| 3.3.5 | Planreglenes betydning utenfor grunnlinjene | 43 |
| 3.4 | Annet relevant lovverk | 46 |
| 3.4.1 | Havne- og farvannsloven..... | 47 |
| 3.4.2 | Kontinentalsokkelloven | 51 |
| 3.4.3 | Lov om økonomisk sone og lov om sjøterritoriet..... | 53 |
| 3.4.4 | Petroleumsloven | 53 |
| 3.4.5 | Forurensningsloven..... | 56 |
| 3.5 | En helhetlig vurdering av det nasjonale rammeverket..... | 60 |
| 4 | Folkerettslig rammeverk | 63 |
| 4.1 | Innledning..... | 63 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4.2 | Utnyttelses- og reguleringsrett til vindforekomstene | 67 |
| 4.2.1 | Suverenitet over vindressursene innenfor territorialgrensen | 68 |
| 4.2.2 | Funksjonell suverenitet i den økonomiske sone | 70 |
| 4.2.3 | Kort om vindressursene på det åpne hav | 76 |
| 4.3 | Folkerettslige skranker i den mellomstatlige utnyttelses- og reguleringsretten | 77 |
| 4.3.1 | Ivaretagelse av andre staters rettigheter | 77 |
| 4.3.2 | Internasjonal miljørett | 82 |
| 4.4 | En sammenfattende betraktning av det eksisterende folkerettslige rammeverket | 95 |
| 5 | Et fremtidig helhetlig nasjonalt rammeverk innenfor rammene av folkeretten | 97 |
| 5.1 | Innledning | 97 |
| 5.2 | Etablering av en konsesjonshjemmel | 97 |
| 5.3 | Ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser | 101 |
| 5.4 | Forhåndsåpning av områder? | 105 |
| 5.5 | Prekvalifisering? | 109 |
| 5.6 | Lovteknisk løsning | 111 |
| | Kildeliste | 116 |
| | Sjørettsfondets utgivelser | 125 |

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for denne avhandlingen er *rettsreglene for bygging av offshore vindkraftanlegg i norsk indre farvann, norsk sjøterritorium og i norsk økonomisk sone*. Formålet er å undersøke hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, og analysere hva slags innhold de har, når spørsmålet er om et offshore vindkraftanlegg kan etableres utenfor norskekysten.

Den ene siden ved dette består i å reise spørsmålet om hvilket nasjonalt lovverk, og hvilke nærmere regler, som regulerer forholdet mellom norske offentlige myndigheter og tiltakshaver som ønsker å bygge vindkraft. Kjernespørsmålet i denne sammenheng er om det stilles et krav til konsesjon eller samtykke fra offentlige myndigheter før man kan iverksette utbygging av et havbasert vindkraftanlegg. I forlengelsen av dette er problemet hvilke tillatelser som kreves, og på hvilke betingelser de eventuelt kan gis.

På den andre siden reiser også bruk av havområdene utenfor norskekysten spørsmål av folkerettslig eller internasjonal karakter. Det er ikke uten videre gitt at den norske stat har grunnlag i folkeretten til å utnytte vindressursene i alle de ovennevnte havsonene til produksjon av elektrisk strøm. I den grad en slik rett til å utnytte ressursene foreligger, er det likevel spørsmål om den er underlagt skranker eller begrensninger gjennom konvensjoner Norge har ratifisert eller andre alminnelige folkerettslige regler.

Analysen av disse nasjonale og internasjonale reglene vil gi grunnlag for å trekke konklusjoner om hvorvidt gjeldende regelverk er klart nok og dekkende for å regulere bygging av offshore vindkraft. Avhandlingen foretar derfor også en drøftelse av behovet for å etablere et nytt nasjonalt lovverk, og hvilke regler dette eventuelt bør bygges rundt.

En slik temaangivelse gir grunnlag for presiseringer og avgrensninger. For *det første* innebærer begrepet «vindkraft» at avhandlingen bare omfatter den formen for energiproduksjon der fartsenergi i vind omdannes til elektrisk

strøm ved hjelp av vindturbiner. Andre energiproduksjonsformer faller som utgangspunkt utenfor fremstillingen.

Reglene for utvinning og bruk av fossile energikilder, først og fremst petroleum, behandles likevel flere steder underveis i avhandlingen der disse kan ha betydning for, eller utgjøre en nyttig parallell til, reglene om vindkraft.¹

For *det andre* behandler avhandlingen «offshore» vindkraft. Dette innebærer på den ene siden at det redegjøres for bygging av vindturbiner m.v. i *sjøen*. Alle havområdene som kan utgjøre en realistisk lokalisering av et vindkraftanlegg i rimelig fremtid omfattes, også den økonomiske sone som befinner seg utenfor Norges territorialgrense.

Reglene for bygging av vindkraft på norsk fastland faller videre som utgangspunkt utenfor fremstillingen. To grunner medfører at de likevel behandles enkelte steder underveis i oppgaven. Dels har dette sin bakgrunn i at et offshore vindkraftanlegg ofte er avhengig av tilhørende landbasert infrastruktur², og dels er det slik at reglene for bygging av vindkraft på land også gjelder i kystnære sjøområder.³

For *det tredje* retter oppgaven seg mot regelverket for «bygging» av slike kraftanlegg.

Oppmerksomheten er dermed rettet mot de prosessuelle og materielle rettsreglene som kommer til anvendelse og har betydning forut for at tiltakshaver oppnår en endelig rett til å bygge kraftanlegget.

Både *distribusjon* av produsert strøm og sluttbrukerens *forbruk* faller dermed utenfor fremstillingen. Disse spørsmålene trekkes bare inn i avhandlingen i den grad de har betydning eller er egnet til å belyse spørsmålet om byggetillatelse. Det samme gjelder langt på vei også den *drift* av anlegget som foregår etter at det er etablert. På tross av at det ikke alltid

¹ Jfr. oppgavens 3.4.3 og 5.4.

² Jfr. oppgavens 2.1.

³ Jfr. oppgavens 3.2.2 og 3.3.3.

er noen skarp grense mellom rett til å oppføre et vindkraftanlegg og rett til å drive det, behandles bare selve driften i den utstrekning det er interessant for spørsmålet om utbygging.

Dette innebærer at avhandlingen først og fremst ligger innenfor fagene energirett, forvaltningsrett, folkerett og miljørett. Andre offentlige fag som skatterett og strafferett behandles ikke. Privatrettslige rettsområder, det vil si reguleringen mellom private rettssubjekter, faller som den klare regel utenfor fremstillingen.

1.2 Aktualitet

I skrivende stund finnes det ikke et eneste etablert offshore vindkraftanlegg i havområdene utenfor norskekysten. Til sammenligning har det siden 2001 blitt installert 1 100 MW havbasert vindkraft i Europa, noe som tilsvarer en årlig elektrisitetsproduksjon på ca 3,3 TWh.⁴ Offshore vindkraftproduksjon er likevel et omtalt tema i Norge. Bakgrunnen er sammensatt, og flere samvirkende årsaker tilsier at tiden kan være inne til å stille spørsmålet om også Norge bør ta de nødvendige steg for å bygge sitt første vindkraftanlegg i havet.

Den viktigste drivkraften ligger i hensynet til *klima*. Det foreligger empirisk dokumentasjon som fastslår at den globale gjennomsnittstemperaturen har økt, og at den fortsatt øker.⁵ FNs klimapanel anslår med over 90 % sannsynlighet at mesteparten av denne temperaturøkningen skyldes menneskeskapte klimagasser, i første rekke utslipp av drivhusgassen CO₂. Selv om det er vanskelig å anslå et eksakt tall, er det ikke tvilsomt at en vesentlig del av disse utslippene skriver seg direkte fra bruk av fossile energikilder.

⁴ www.ewea.org.

⁵ FNs klimapanel's fjerde hovedrapport. www.ipcc.ch.

En temperaturstigning på 2 grader over dagens nivå vil trekke med seg en rekke negative virkninger. Her kan kort nevnes økt vannmangel og tørke i utsatte regioner, økt dødelighet og omfang av sykdommer på grunn av hetebølger, flom og tørke samt skader i kystområder på grunn av flom og storm.⁶ Situasjonen er dermed den at bruken av olje, gass og kull som energikilde *må* reduseres. Andre klimatiltak, for eksempel CO2-håndtering/rensing og energieffektivisering, er ikke tilstrekkelig for å oppnå utslippskutt i det omfanget som er nødvendig.

Problemet er at energisituasjonen på samme tid tilsier *økt energiproduksjon*. For å illustrere dette kan det ses hen til energietterspørselen i Norge og EU. I Norge kommer 98, 5 % av elektrisitetsproduksjonen fra vannkraft. Kraftsituasjonen er jevnt over god, men den er anstrengt i deler av landet. I Midt-Norge trenger man for eksempel økt tilgang på elektrisk energi.⁷ Dessuten er energiforsyningen fra vannkraft sårbar i tider med nedbørssvikt. Det er derfor behov for bedre forsyningsikkerhet. Innenfor EU er situasjonen langt mer dramatisk. EU etterspør og importerer 50 % av sitt totale energiforbruk. Det estimeres at dette prosenttallet vil øke vesentlig de neste tjue årene.⁸

Norge har ambisiøse miljø- og energimål. Gjennom klimameldingen ble det i første omgang fastsatt en politisk målsetning om at Norge skulle være karbonnøytralt innen 2050.⁹ Den 17. januar 2008 ble imidlertid målene oppjustert ved at regjeringen Stoltenberg II inngikk et bredt klimaforlik med opposisjonen.¹⁰ Av denne avtalen fremgår det at Norge skal sørge for

⁶ www.sft.no

⁷ Pressemelding fra Olje- og energidepartementet nr. 142 (2006).

⁸ www.ewea.org/fileadmin/ewea_documents/images/publications/offshore_report/ewea-offshore_report.pdf.

⁹ St.meld. nr. 34(2006-07) om Norsk klimapolitikk, s. 50.

¹⁰ Avtale om klimamelding mellom regjeringen og opposisjonen: http://www.regjeringen.no/Upload/MD/Vedlegg/Klima/avtale_klimameldingen.pdf

utslippsreduksjoner tilsvarende norske utslipp innen 2030 og at forpliktelsene som følger av Klimakonvensjonen og Kyoto-protokollen skal overoppfylles.

EU har på sin side fastsatt en målsetning omtalt som «20 20 innen 2020».

¹¹ Denne politiske målsetningen er fulgt opp av Europarådet som har pålagt medlemsstatene rettslig bindende forpliktelser til å oppfylle målsetningene inntatt i Europaparlamentets resolusjon. For det første skal medlemslandene redusere sine utslipp av klimagasser med 20 % i forhold til 1990-nivå innen år 2020. Dette er dermed en økning i forhold til det som følger av kyotoprotokollen. Dette kravet kan økes til 30 % reduksjon dersom det skulle vise seg at også andre industriland er villige til å påta seg lignende forpliktelser. Dernest skal 20 % av medlemsstatenes totale energiforbruk skrive seg fra fornybare energikilder, herunder offshore vindkraft, innen 2020. I 2008 er denne andelen estimert til 8,5 %, det gjenstår dermed 11, 5 % økning for å oppnå denne målsetningen.

En av nøklene til på den ene siden å ivareta hensynet til klimaet, men på den annen side møte etterspørselen etter energi, ligger i vindkraft. Vindkraftanleggene kan produsere store mengder energi uten CO₂ utslipp i driftsfasen. Anleggene vil dermed kunne bidra til å redusere utslippene av skadelige klimagasser i den grad de erstatter bruken av fossile energikilder.

Norge har allerede høstet erfaring gjennom etablering av vindkraft på land. I løpet av 2008 vil den totale elektrisitetsproduksjonen fra landbasert vindkraft være på 1 TWh noe som tilsvarer forbruket til omtrent 60.000 husstander. Disse utbyggingene kan ses på bakgrunn av politiske målsetninger om økt vindkraftsatsing. I 1999 ble det fastsatt et mål om utbygging av 3 TWh innen 2010.¹² I 2007 ble dette skjerpet til en målsetning

¹¹ Europaparlamentets resolusjon om klimaforandringer fra 14. februar 2007.

¹² St.meld. Nr. 29 (1998-99) s. 32.

om ytterligere 30 TWh fornybar energi innen 2016.¹³ Det er og beregnet estimater om 10 TWh vindkraftproduksjon innen 2020.¹⁴

Etablering av vindkraft på land er imidlertid omstridt. Bygging av vindturbiner møter ofte lokal motstand fordi de er visuelt dominerende og sjenerende. De produserer dessuten forstyrrende støy i nærmiljøet. Avhengig av hvor langt ut i havet et offshore vindkraftanlegg plasseres, kan disse negative effektene kunne reduseres til et akseptabelt eller ubetydelig nivå. En flytting av slik virksomhet til havet kan også innebære en mer effektiv produksjon på grunn av at havvinden er sterkere og jevnere.

I forlengelsen av dette har forskning vist at Norges havområder er særlig godt egnet til utvikling av offshore vindkraftproduksjon. En potensialstudie foretatt av Enova konkluderer med at vindressursene i havområdene utenfor norskekysten tilsvarer svimlende 14.000 TWh per år.¹⁵ Dette tallet tar ikke høyde for at norske havsoner ikke kan dekkes av vindturbiner av hensyn til andre næringer og interesser. Det inntas heller ikke teknologiske, kommersielle og økonomiske begrensninger i regnestykket. Undersøkelsen illustrerer likevel hva slags fysisk potensial som ligger der urørt og utnyttet. Norge har enorme vindressurser man kan bruke til klimavennlig kraftproduksjon, men realisering av disse forutsetter evne til, og et klart ønske om, å etablere offshore vindkraftanlegg.¹⁶

Som en følge av dette foreligger det per i dag en omfattende interesse for å bygge ut offshore vindkraft i Norge. Ingen slike anlegg er som nevnt bygget og satt i drift, men to planlagte tiltak har fått innvilget anleggskonsesjon av NVE. Dessuten foreligger det 12 meldinger om at

¹³ St.prp. Nr. 1 (2006-2007) s. 13.

¹⁴ NOU 2006: 18, s. 85.

¹⁵ Enovas potensialstudie av havenergi av 23.10.2007.

¹⁶ I Dagens Næringsliv 28. mai 2008 etterlyser daværende Olje- og energiminister Åslaug Haga slik vilje i artikkelen «Europas batteri».

planlegging av offshore vindkraftanlegg er igangsatt, uten at det foreløpig er klart om disse tiltakene vil bli gitt konsesjon.¹⁷

Et problem både tiltakshavere og myndigheter møter, og som er gjenstand for undersøkelse i denne avhandlingen, er at Norge i dag ikke har noe helhetlig lov- og regelverk utformet med tanke på bygging av offshore vindkraft. Ved flere anledninger er det fremholdt at gjeldende regelverk er uklart og mangelfullt, og at det i enkelte havområder er tilnærmet helt fraværende.¹⁸ Om slike påstander skulle medføre riktighet, er dette svikt i en vesentlig faktor som er nødvendig for realisering av offshore vindkraftprosjekter. På samme måte som utilstrekkelig teknologi og manglende økonomisk lønnsomhet, kan lite forutberegnlige rettsregler hindre at ellers gode energitiltak blir utbygd. Uklare rettsregler skaper en usikkerhet for tiltakshavere som kan påvirke dennes vurdering av om prosjektet bør gjennomføres.

1.3 Metode og kildetilfang

Denne avhandlingen består av en analyse av gjeldende nasjonale og internasjonale rettsregler og suppleres av en vurdering av hvordan fremtidens regler bør se ut. Tanken har hele tiden vært å få frem gjeldende rettstilstand gjennom å tolke de tilgjengelige og relevante rettskildene. Disse de lege lata vurderingene danner bakteppet for å vurdere manglene i det eksisterende regelverket, og for å foreta en fremtidsrettet vurdering av hvordan regelverket bør være.

En særskilt utfordring har knyttet seg til at havbasert vindkraft aldri før er omtalt eller direkte behandlet i norsk rettsvitenskap eller rettspraksis. En sentral målsetning har derfor vært å anlegge en bred innfallsvinkel for derigjennom å trekke frem hovedlinjer i det regelverket som foreligger. Et

¹⁷ www.nve.no

¹⁸ Blant annet i rapporten «vindkraft offshore – Industrielle muligheter for Norge» fremlagt i energirådet 26. mai 2008.

slikt formål sett i sammenheng med denne avhandlingens tids- og omfangsmessige rammer har utvilsomt gått noe på bekostning av hvor dypt det er gått i drøftelsen og vurderingen av enkeltspørsmål. Dette har likevel vært et bevisst valg. Man står overfor en ny næringsvirksomhet som skiller seg vesentlig fra den som allerede er etablert på land. Offshore virksomhet trekker med seg andre interessekonflikter, og den har en folkerettslig dimensjon gjennom havretten, som ikke gjør seg gjeldende på land.

Manglene i det norske kildegrunnet rundt oppgavens særlige tema, offshore vindkraft, har gjort det nødvendig å hente materiale i den generelle energi-, forvaltnings-, miljø- og folkeretten. Lovgivningen med tilhørende forarbeider og forskrifter har i varierende grad vært direkte anvendelig på bygging av vindkraft til havs. Både generelle og mer spesielle teoretisk fremstillinger av ulike forfattere på disse rettsområdene har likevel vært til stor hjelp. Ulf Hammer har gjort flere omfattende og viktige arbeider i energiretten, mens Hans Chr. Bugge og Carl. A. Fleischer har de sentrale fremstillingene i henholdsvis miljøretten og folkeretten.¹⁹ Nærmest opp til denne avhandlingens tema har likevel den gode masteroppgaven til Nikolai Winge ligget.²⁰ Det har hele tiden vært nærliggende å hente veiledning fra reglene om vindkraft på land i undersøkelsene av hvilke lovverk som gjelder til havs.

Selv om kildetilfanget i nasjonal rett har vært begrenset, har det hele tiden vært mulig å se hen til andre lands lovverk og rettsvitenskapelige fremstillinger. Flere land, blant annet Danmark, Nederland, Storbritannia m.fl. ligger langt foran Norge både når det gjelder utvikling av regelverk for offshore vindkraft og faktisk realisasjon av slike energianlegg.

¹⁹ Hammer, Tilrettelegging av kraftmarkedet og Kraftmarked og Nettmonopol i boka Vannressurs- og energirett. Bugge, Lærebok i miljøforvaltningsrett. Fleischer, Folkerett.

²⁰ Fri vei til 10 TWh?

Slikt kildemateriale er brukt underveis i fremstillingen, særlig når det gjelder forståelsen av de folkerettslige reglene for offshore vindkraft.

1.4 Den videre fremstillingen

Avhandlingen er bygget opp rundt fire hovedkapitler i tillegg til innledningen.

Kapittel 2 gir en redegjørelse for de hensyn og interesser som gjør seg gjeldende ved bygging av offshore vindkraft. I forlengelsen av den faktiske sammensetningen av et offshore vindkraftanlegg, trekkes interessekonflikten og motsetningsforholdet som gjør seg gjeldende opp. Dette utgjør det faktiske bakteppet for eksisterende regler og vurderinger av hvordan rettsreglene bør være.

Kapittel 3 analyserer gjeldende nasjonalt regelverk for bygging av havbasert vindkraft. Det tas utgangspunkt i energiloven og plan- og bygningsloven og undersøkes i hvilken grad disse, sammen med annet relevant lovverk, gir en tilfredsstillende regulering.

Kapittel 4 tar for seg de folkerettslige reglene av betydning for spørsmålet om den norske stat har rett til å etablere vindkraftanlegg i de ulike havsonene. Vurderingene knytter seg til den norske stats forhold til andre staters rettigheter, samt forholdet til internasjonale miljøforpliktelser.

Kapittel 5 består av en vurdering av hva slags regelverk Norge bør etablere for å avhjelpe de manglene som er avdekket i det nasjonale regelverket(kapittel 3) og på samme tid holde seg innenfor de rammene folkeretten stiller opp(kapittel 4).

2 Hensyn og interessenmotsetninger

I alminnelighet medfører bygging og drift av næringsvirksomhet både fordeler og ulemper. I dette henseende er ikke offshore vindkraft noe unntak. I et vidt perspektiv kan man tale om *overordnede hensyn* som står mot hverandre. På den ene siden ønsker man utbygging av fornybar energi som en del av kampen mot global oppvarming. På den andre siden er det behov for å verne urørte natur- og havområder. Dessuten må utviklingen av vindkraft ta hensyn til andre næringer som også er avhengig av å bruke sjøområdene. Når man beveger seg dypere ned i denne materien ser man derfor at mer overordnede hensyn skifter karakter til *konkrete og definerbare interesser*, for eksempel vern av en bestemt dyreart eller ivaretagelse av bestemte skipsled.

Dette bildet kompliseres ytterligere av at det ikke er tilstrekkelig å vurdere konfliktene som gjør seg gjeldende mellom det vi kan kalle «nasjonale» eller «norske» interesser. I løpet av de siste tiårene har man opplevd en utvikling av internasjonale regler mellom stater gjennom økt mellomstatlig (og delvis overstatlig) regulering av ulike rettsområder. Ønsket om å bygge ut offshore vindkraft kan dermed også komme i strid med *folkerettslige forpliktelser*, for eksempel hensynet til andre staters rett til skipsfart i havområder utenfor norskekysten.

En nærmere presentasjon av de hensyn og interesser som i skiftende grad står mot hverandre ved utbygging av offshore vindkraft forutsetter at man kjenner grunnleggende trekk ved faktum; nemlig vindkraftanleggenes karakter. Først når en vet hva slags «vesener» man står overfor kan motsetningsforholdet de trekker med seg identifiseres.

2.1 Vindkraftanleggenes karakter

Et vindkraftanlegg består av en rekke integrerte komponenter. De sentrale elementene er selve vindturbinen, understell, kabler internt i anlegget/parkene og strømretteranlegg. I tillegg til selve anlegget, er man avhengig av sjøkabel for å lede den produserte strømmen til land eller andre

steder der den skal benyttes. På mottaksstedet vil det være behov for nok et strømretteranlegg før man for eksempel mater elektrisiteten inn på sentralnettet.²¹

Strømretteranleggene/transformatorene behøves både ved produksjonssted og mottakssted. Disse omformer i første omgang produksjonen fra vekselstrøm til likestrøm for å begrense overføringstap i sjøkabelen. Ved mottaksstedet må man ha et nytt strømretteranlegg for å omforme strømmen tilbake til vekselstrøm.

Med forbehold om variasjon mellom ulike produsenter, består vindmøllene av tårn, maskinhus med generator og gir, rotor og turbinblad. Hovedprinsippet er at vinden setter turbinen i gang ved at den gir turbinbladene et «løft» på samme måte som vingene på et fly. Generatoren i maskinhuset omdanner *deretter bevegelsesenergien fra turbinbladene til elektrisk strøm.*

Turbintårnene vil strekke seg fra 100-150 meter fra havflaten. Bare et enkelt turbinblad kan være inntil 60 meter langt. I tillegg må det være klaring mellom det roterende turbinbladet og havflaten selv ved bølgetopper på 20-30 meter.

Understellet kan være bunnmonterte stål – eller betongkonstruksjoner (på inntil 45-60 meters dyp), eller flytende installasjoner oppankret med kabler.²² I alle tilfelle er man avhengig av festepunkter nede i havbunnen.

Det må også være en viss avstand mellom turbinene som sammen utgjør en vindpark. Turbinbladenes rotasjon påvirker bevegelsen i luftstrømmen rundt innretningen, og for kort avstand mellom hver enkelt vindturbin kan

²¹ Forskningsrådets faktahefte om fornybar energi 2007, s. 80 flg. og www.fornybar.no.

²² Lyse energi har meldt planlegging av Sørlege Nordsjøen vindkraftanlegg til NVE(bunnmonterte turbiner): <http://www.lyse.no/article.php?articleID=7120&-categoryID=4915>. Statoil Hydro utvikler flytende vindturbiner i sitt prosjekt Hywind: <http://www.statoilhydro.com/no/TechnologyInnovation/NewEnergyAndRenewables/SolutionsOfTomorrow/Pages/default.aspx?section=windturbines>.

medføre et vaketap og redusert produksjonseffektivitet. I tillegg beslaglegges areal til de tilhørende transformatoranlegg, sjøkabel og sikkerhetssoner.

Lyse energi anslår i deres forhåndsmelding at det må påregnes et areal på omtrent 1 kvadratkilometer(1000000 kvadratmeter) per vindturbin. Med utgangspunkt i dette tallet vil et vindkraftanlegg bestående av 200 turbiner beslaglegge 200 kvadratkilometer.

Sjøkabel må for det første legges internt i kraftanlegget for å koordinere produksjonen fra alle turbinene inn i transformatoranlegget. Dernest trenger man kabel for å lede strømmen videre fra anlegget enten til norsk fastland, installasjoner på sokkel eller direkte eksport til andre stater.

2.2 Areakonflikter

Som det fremgår av behandlingen av vindkraftanleggenes karakter ovenfor, vil et vindkraftanlegg beslaglegge arealer både i luftrommet over havet, på havflaten, i sjøen under vann og på havbunnen. Dette arealbeslaget er av et visst omfang selv når man betrakter det relativt på bakgrunn av de store havområdene man har å ta av.

Utbyggingen av offshore vindkraft kan dermed komme i et motsetningsforhold til andre sektorbaserte næringer som utnytter eller ønsker å utnytte de samme områdene. Det er grunn til å særlig nevne fiskeri, sjøfart og virksomhet knyttet til petroleumsutvinning. Men konflikt kan også oppstå i forhold til andre interesser, uten at disse underlegges noen vurdering i denne avhandlingen. Dette kan gjelde militær aktivitet, kulturminner, høsting av tang og tare etc.

2.2.1 Fiskeriaktivitet

Areakonflikter kan oppstå mellom vindkraftanleggene og fiskerinæringen i to relasjoner.²³ For det første kan utøvelse av kommersielt fiske direkte

²³ Norges Fiskarlag. Landsmøte 2007, landsmøtesak 5: www.fiskarlag.no

hindres hvis et område som vurderes anvendt til kraftproduksjon også utgjør en god fiskeplass. Hensynet til hva som rent praktisk lar seg forene på en sikker måte i et gitt område tilsier at arealene en vindkraftpark opptar ikke kan eller bør utnyttes i særlig grad til fiske. Etablering av vindturbinene innebærer en økt kollisjonsfare. For det andre kan kabeltraseer fra anleggene medføre risiko for at fiskeredskaper setter seg fast og/eller at både sjøkabel og fiskeredskaper blir skadet.

Konfliktnivået kan avdempes dersom etableringen av havbasert vindkraft skjer i dialog med fiskerinæringen. Det vil være av vesentlig betydning at man søker å legge vindkraft utenom de beste fiskebankene, og at dette målet tas i betraktning allerede i planleggingsfasen. Risikoen for at trål og annet redskap setter seg fast i anleggets sjøkabler kan reduseres ved at kablene legges utenfor trafikkerte tråloområder og ved at sjøkabler graves ned eller overdekkes på annen måte.²⁴

2.2.2 Skipsfart

Både Nordsjøen og Norskehavet er preget av relativt stor skipstrafikk. Introduksjonen av vindkraftanlegg representerer en generell økning i risikoen for kollisjonsulykker. Konsekvensen av et sammenstøt mellom vindturbin og skip kan få fatale konsekvenser for begge parter. Hovedproblemet er dermed at vindparkenes arealbeslag reduserer skipsnæringens mulighet til et fleksibelt og effektivt rutevalg.²⁵

Også i forhold til skipsfart og navigasjon kan konfliktgraden reduseres dersom lokalisering av vindkraften skjer i samarbeid med den berørte næringen. Samordningens formål må være å sørge for en plassering av vindkraftnæringen utenfor de mest trafikkerte skipsledende. Kollisjonsfaren

²⁴ Arealkonflikter ved etablering av vindkraftverk og bølgekraftverk i Norskehavet, s. 5-8.

²⁵ Arealkonflikter ved etablering av vindkraftverk og bølgekraftverk i Norskehavet, s. 9.

kan ytterligere avhjelpes ved krav om tydelig markering av vindparkene med lys, samt at de avmerkes på sjøkart.

2.2.3 Petroleumsnæringen

Akkurat som vindkraftnæringen er petroleumsvirksomheten sammensatt av en rekke former for aktivitet tilknyttet utvinningen av undersjøiske petroleumsforekomster. Foruten utbygging, drift og vedlikehold av selve boreinstallasjonene, er det trafikk i forbindelse med frakt av både personell og produsert olje.

Foreløpig kan det ikke pekes på noen direkte arealkonflikt mellom olje- og gassutvinningen og vindkraftanleggene. Alle blokker det hittil er gitt produksjonslisens til ligger utenfor områder med grunnere vann enn 100 meter og dermed også utenfor rekkevidden av bunnturbiner. Bildet kan imidlertid endres dersom ny teknologi åpner for flytende turbiner som kan operere på dypere vann.²⁶

I alle tilfelle kan vindkraftanleggene være til hinder for den trafikk som følger i kjølvannet av petroleumsnæringen i form av helekopterflygning, oljetankere og annen trafikk. Her som ellers kan konfliktgraden reduseres hvis det sørges for at vindkraftnæringen koordineres med utvinningen av petroleumsforekomster.

2.3 Miljøkonflikter

Foruten ulempen ved arealbeslaget er det usikkerhet knyttet til hvilke virkninger utbygging og drift av havbaserte vindkraftanlegg har for miljøet. Som allerede nevnt er dilemmaet at produksjonen av klimavennlig energi kan ha negative virkninger for andre miljø- og naturvernsinteresser.

En vurdering av havvindparkeres miljøvirkning forutsetter et skille mellom den midlertidige anleggsfasen/utbyggingsfasen og den etterfølgende og

²⁶ Arealkonflikter ved etablering av vindkraftverk og bølgekraftverk i Norskehavet, s. 11.

vedvarende driftsfasen. Førstnevnte preges av høy aktivitet/trafikk og relativt mye støy og rystelser. Disse ulempene modereres i driftsfasen, men man får i tillegg andre effekter som påvirkning av sjøens naturlige strømforhold(kunstige rev) og refleksjon av lys ned i sjøen. Til sist bør det nevnes at det oppstår elektromagnetiske felt i tilknytning til de strømførende sjøkablene.²⁷

I den grad disse sidene ved vinkraftanleggenes faktiske karakter har negative konsekvenser for biodiversitet i og rundt det marine miljø, kan det påvises en interessekonflikt mellom kraftutbyggingen og ulike miljø – og naturvernsinteresser.

De mest omfattende forskningsdata som foreligger konkluderer i hovedsak med at den påviste miljøeffekten av anleggene er liten både i anleggs – og driftsfasen. I flere henseende er likevel resultatene beheftet med usikkerhet og det er inntatt forbehold om at en sikrere vurdering av miljøpåvirkningen nødvendiggjør flere undersøkelser foretatt i et lenger tidsperspektiv. Alminnelige miljørettslige prinsipper tilsier dermed man skal utvise varsomhet og at usikkerheten i seg selv kan være en innsigelse av betydning.²⁸

Det mest sentrale forskningsarbeidet er danske myndigheters(Energistyrelsen) miljøovervåkningsprogram med de to havvindparkene Horns rev og Nysted plassert i dansk territorialfarvann. Over sju år ble det gjort grundige utredninger og kartlegginger av miljøforholdene både før utbygging, i anleggsfasen og i driftsfasen.²⁹ Det ble gjort en rekke interessante funn. For det første opplevde man lokale effekter på bunnfauna i form av økt biomasse og diversitet. For det andre ble det ikke registret sterke effekter på fiskesamfunnene. For det tredje holdt sjøpattedyr seg i hovedsak borte fra området i

²⁷ Rapport om arealkonflikter ved etablering av vindkraftverk og bølgekraftverk i Norskehavet utarbeidet av Multiconsult på oppdrag fra Olje – og energidepartementet, s. 12 flg.

²⁸ Førre var-prinsippet behandles av Bugge, s. 29 flg. og s. 68 flg.

²⁹ Rapport fra den danske Energistyrelsen om Havmølleparker og miljøet – Erfaringer fra Horns Rev og Nysted.

anleggsfasen, men returnerte gradvis og i ulikt tempo tilbake utover i driftsfasen. For det fjerde ble det fremskaffet empirisk materiale som tilsa at sjøfugl sjelden kolliderte med turbinene, men i stedet endret flygeretning og navigerte seg rundt eller over parkene. Den uheldige effekten for fuglelivet var først og fremst tap av levesteder og økt flygeavstand(!).

Det kan likevel være problematisk å trekke generelle slutninger ut ifra miljøundersøkelser gjort ved to vindturbinprosjekter. Ulike havområder kan ha ulik sårbarhet og miljøeffekten kan variere med forskjellige forhold. I forlengelsen av dette kan miljøpåvirkningen fremstå annerledes dersom havområdene etter hvert opplever større tetthet av havvindparker. I denne sammenheng er det et generelt prinsipp at man må vurdere de totale virkningene på miljøet av både bestående vindkraftanlegg og det som vurderes oppført.³⁰

³⁰ Bugge, s. 63

3 Det nasjonale rammeverket for bygging av offshore vindkraft

3.1 Innledning

Det nasjonale rettsrammeverket for bygging av energitiltak sørger i realiteten for avveining mellom noen overordnede hensyn som ofte kan være helt eller delvis motstridende. På den ene siden er tilstrekkelig *energiforsyning* og *energisikkerhet* en grunnleggende faktor for velferd og verdiskapning i et velfungerende moderne samfunn. Denne interessen antas best og mest effektivt ivaretatt gjennom et regelverk med sterkt innslag av *offentlig styring og kontroll*.³¹ På den annen side må regelverket gi tilstrekkelig rettslig vern for andre interesser som berøres av disse relativt inngripende tiltakene. Et særlig moment i denne sammenheng, er at tiltakene ofte strekker seg over administrative inndelingsgrenser, og at det ikke er gitt at nytten og ulempene ved et energitiltak gjør seg gjeldende på samme sted.³²

Dette har gitt seg utslag i at ikke alle relevante sider ved en plan om bygging av energitiltak reguleres av én lov underlagt ett kompetent myndighetsorgan. Realisering av et vindkraftanlegg vil som den klare regel forutsette *avklaring i forhold til flere ulike lover med tilhørende forskrifter og som forvaltes av ulike sektormyndigheter*.

Praksis illustrerer dette godt. Den 24. juni 2008 innvilget NVE konsesjon til bygging og drift av Norges første offshore vindkraftanlegg «Havsul I»³³ i medhold av energilovens(enl) § 3-1.³⁴ Konsesjonsvedtaket etter energiloven gir i realiteten ikke noen ubetinget rett til å bygge kraftanlegget. Det fremgår

³¹ Ot.prp. nr. 32(2007-08) s. 39.

³² Ot.prp. nr. 32 (2007-08) s. 39-40.

³³ Saksnummer 200704080 hos NVE.

³⁴ Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m av 29. juni 1990 nr. 50.

klart i begrunnelsene for vedtaket at anlegget krever selvstendig behandling etter både planbestemmelsen i plan- og bygningsloven og konsesjonsreglene i havne- og farvannsloven.³⁵

Dette sikrer at spørsmålet om bygging av energiltak underlegges omfattende vurderinger. Det er ikke opp til ett forvaltningsorgan alene å avgjøre om tiltaket bør realiseres hensett til de konkrete fordelene og mulige skadevirkningene det trekker med seg. Ulempene med denne fragmentariske lovgivningen er likevel at det skaper en usikker situasjon for tiltakshaverne. Selv om planer om bygging av for eksempel vindkraft anses fordelaktig fra en sektormyndighets ståsted, er det ikke gitt at tiltaket kommer lenger enn til planleggingsstadiet. Risikoen er at en annen kompetent myndighet, som kanskje først og fremst har som formål å ivareta en særinteresse, anser de konkrete skadevirkningene for store. I forlengelsen av dette er det heller ikke nødvendigvis noe klart ansvarsforhold mellom de ulike sektormyndighetene.

Denne risikoen og samordningsproblematikken kan illustreres av forholdet mellom konsesjonsmyndighetene og planmyndighetene. Den lokale planmyndigheten kan velge å ikke legge til rette for en kraftutbygging selv om konsesjonsmyndigheten i utgangspunktet mener at tiltaket er samfunnsmessig rasjonelt. Dette var for eksempel situasjonen da Norsk Hydro AS ønsket å etablere vindturbiner på Karmøy. Konsesjon er søkt³⁶, men den 13. desember 2007 stemte hovedutvalget for tekniske saker i Karmøy prosjektet ned da de unnlot å planregulere det aktuelle området til bygging av kraft.

Dagens gjeldende regelverk for energiltak er et *foreløpig resultat* av en omfattende utvikling gjennom de siste tiårene. Et tidsskille i norsk kraftforsyning ble markert ved vedtakelse av energiloven i 1990. Nærmest over natten markedsutsatte man kraftproduksjon, mens man på samme tid valgte å beholde det statlige monopolet på distribusjon av elektrisk strøm

³⁵ Saksnummer 200704080 hos NVE, konsesjonsvedtakets s. 28. Jfr. punkt 5.4, s. 28.

³⁶ Saksnummer 20073644 hos NVE.

gjennom nettet.³⁷ I etterkant av denne omveltningen har det stadig vært behov for å gjøre større eller mindre endringer og tilpasninger i rammeverket.

Enkelte ganger har bakgrunnen vært et nasjonalt insentiv for å gjøre regelverket smidigere og bedre. Andre ganger er endringer nødvendig som en konsekvens av at Norge er part i EØS-avtalen og er folkerettslig forpliktet til å implementere nærmere bestemte fellesskapsforpliktelser.

Et illustrerende eksempel på sistnevnte er konsekvensutredningsreglene som er inntatt i plan- og bygningslovens³⁸ kapittel VII-a med tilhørende forskrift om konsekvensutredninger³⁹. Disse reglene har blitt innarbeidet i norsk energirett i to omganger med bakgrunn i to ulike EU-direktiver. Det første omfattet konsekvensutredninger av miljøeffekten ved nærmere bestemte tiltak⁴⁰, mens det andre gjaldt konsekvensutredning av miljøeffekten ved nærmere bestemte planer og programmer⁴¹.

Energiretten er imidlertid fortsatt i utvikling. Det hevdes stadig, og nok med en viss berettigelse, at det både er rom for og ønskelig med forbedringer.⁴² Bare det siste året har det skjedd en omfattende utvikling(2008). I juni vedtok Stortinget nye planbestemmelser til ny plan- og bygningslov.⁴³ Når denne trer i kraft vil den utvilsomt medføre betydelige endringer i energiregelverket og behov for blant annet å revidere reglene i energiloven, se nærmere om dette nedenfor i punkt 3.3.1. I tillegg behandler

³⁷ Ulf Hammer, tilrettelegging av kraftmarkedet, s. 23.

³⁸ Plan- og bygningslov av 14. juni 1985, nr. 77.

³⁹ Forskrift om konsekvensutredninger av 4. januar 2005 nr. 276.

⁴⁰ Direktiv 85/337/EEC.

⁴¹ Direktiv 2001/42/EC.

⁴² Winge, «Fri vei til 10 Twh», s. 44 etterlyser blant annet at hensynet til vern av miljøet gis en klarere forankring i energilovens ordlyd.

⁴³ Lov om planlegging og byggesaksbehandling(plan- og bygningsloven) (plandelen) av 27. juni 2008, nr. 71.

Stortinget i disse dager et forslag til ny Havne- og farvannslov som behandles nærmere nedenfor i punkt 3.4.1.⁴⁴

I det følgende redegjør dette kapitlet nærmere for det nasjonale rammeverket for utbygging av offshore vindkraft. Problemstillingen knytter seg til om, og i så fall i hvilken grad, det norske energiregelverket gir en tilfredsstillende regulering. Vurderingen tar utgangspunkt i konsesjonsrammeverket i energiloven(punkt 3.2) og planbestemmelsene i plan- og bygningsloven(punkt 3.3). Deretter vurderes betydningen av annet relevant lovverk(punkt 3.4) før det helhetlige rammeverket oppsummeres(punkt 3.5).

3.2 Konsesjonsbehandling etter energiloven

3.2.1 Funksjonelt anvendelsesområde

Energiloven(enl) utgjør det naturlige utgangspunktet når man skal redegjøre for det nasjonale *konsesjonsrammeverket* i energisaker. Saklig sett omfatter loven «produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi», jfr. enl. § 1-1. Regleverket griper dermed inn i hele ressursstrømmen fra strøm blir produsert til den benyttes av sluttbrukeren.⁴⁵

Begrepet «energi» er ikke legaldefinert i loven. Etter ordlyden favner det vidt. Forarbeidene presiserer begrepet noe ved å fremholde at det omfatter elektrisk energi og varmeenergi.⁴⁶

Det kan derfor ikke være tvilsomt at den elektriske strømmen som produseres i et offshore vindkraftanlegg omfattes av uttrykket.

Selve prosessen der fartsenergien i vind omdannes til elektrisk strøm omfattes av termen «produksjon», jfr. enl. § 1-1, første alternativ.

⁴⁴ Ot.prp. Nr. 75(2007-08).

⁴⁵ «Ressursstrømmen» omtales nærmere hos Ulf Hammer, Tilrettelegging av kraftmarkedet, s. 41.

⁴⁶ Ot.prp. Nr. 43 (1989-90), s. 83.

Transformerer mellom vekselstrøm og likestrøm og overføring av strømmen gjennom sjøkabel faller på sin side henholdsvis under begrepene «transformasjon» og «overføring» i samme bestemmelse.⁴⁷

Etter dette kan det ikke være tvilsomt at energiloven funksjonelt sett klart omfatter offshore vindkraftanlegg. Bestemmelsen i enl. § 1-1, første ledd har et så vidt anvendelsesområde at den omfatter både selve produksjonen av strøm ved hjelp av vindturbiner og anleggets tilhørende transformatoranlegg og sjøkabler. Dette leder naturlig videre til spørsmålet om energilovens geografiske utstrekning.

3.2.2 Geografisk anvendelsesområde

Den faktiske situasjonen er at det kan være aktuelt å etablere offshore vindkraft både i indre farvann, i sjøterritoriet og i den økonomiske sone. Det rettslige spørsmålet som reiser seg i denne sammenheng er om energiloven har et slikt stedlig virkeområde at den kan regulere utbygging og drift av vindkraft i alle disse havområdene?

Etter energilovens § 1-1, annet ledd fremgår det at loven «ikke gjelder på norsk sjøterritorium». Begrepet «sjøterritorium» legaldefineres i territorialfarvannslovens § 2.⁴⁸

Det omfatter et havbelte på 12 nautiske mil som befinner seg utenfor og støter opp til grunnlinjene. De norske grunnlinjene er på sin side trukket som rette linjer mellom de ytterste punkter av kysten og kystnære øyer.⁴⁹ Ordlyden i enl. § 1-1, annet ledd må dermed sikte til den delen av norsk territorium som befinner seg mellom grunnlinjene og territorialgrensen.

⁴⁷ Vassdrags og energirett, Ulf Hammer m.fl. s. 656-657 om energilovens saklige virkeområde. Se også Martinsen, Bibow og Støle, Energiloven med kommentarer s. 18 flg.

⁴⁸ Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 Nr. 57.

⁴⁹ Forskrift om grunnlinjene for sjøterritoriet rundt Fastlands – Norge, FOR 2002 – 06 – 14 nr 625.

Isolert sett åpner *ordlyden* i enl. § 1-1, annet ledd lite rom for tolkning. Bestemmelsen gir uttrykk for at utbygging og drift av energiltak utenfor grunnlinjene i alminnelighet faller utenfor energilovens anvendelsesområde. Havområdene utenfor sjøterritoriet, norsk økonomisk sone, nevnes ikke spesielt. Det fremstår imidlertid som en lite holdbar slutning at energiloven skulle komme til anvendelse der bare fordi § 1-1 ikke nevner den eksplisitt. Dersom loven ikke gjelder i territorialfarvannet er det nærliggende å forstå det slik at den heller ikke gjelder i den utenforliggende økonomiske sone. Motsetningsvis må ordlyden forstås slik at energiloven kommer til anvendelse på energiltak i norsk indre farvann, dvs. innenfor grunnlinjene.

Det generelle spørsmålet om energilovens geografiske virkeområde er ikke underlagt noen særskilt behandling i *lovforarbeidene*.⁵⁰ I likhet med lovteksten legges det bare til grunn at energiloven ikke gjelder på sjøterritoriet. Denne manglende interessen for å vurdere spørsmålet nærmere kan skyldes flere forhold. Enten anser man bestemmelsen så opplagt og selvforklarende at man ikke ser noen grunn til å vurdere den nærmere. Eller så har man ikke tenkt på at energilovens stedlige utstrekning kan føre til praktiske problemer slik at det burde vært underlagt en utførlig drøftelse.

Heller ikke *juridisk teori* har sådd tvil rundt utgangspunktet om at energiloven kommer til anvendelse innenfor grunnlinjene, men at dens geografiske virkeområde samtidig også er begrenset til havområdene innenfor grunnlinjene.⁵¹ Ulf Hammer slår seg til ro med at ordlyden i enl. § 1-1 er klar. Energiloven gjelder verken i den økonomiske sone eller på kontinentsokkelen, og en antitetisk tolkning av bestemmelsen innebærer at loven kommer til anvendelse i indre farvann.⁵²

⁵⁰ NOU 1985: 9, Ot.prp. nr. 73(1988-89) og Ot.prp. nr. 43(1989-90).

⁵¹ Se Vislie s. 25, Martinsen, Bibow og Støle s. 19 og Andersen og Høisveen s. 6.

⁵² Hamer, Kraftmarked og Nettmonopol, s. 657.

I praksis kan en slik tolkning av ordlyden i enl. § 1-1 medføre problemer. Allerede konsesjonsbehandlingen av Norges aller første havbaserte vindkraftanlegg illustrerer dette.

Den 24. juni 2008 innvilget NVE konsesjon til vindkraftanlegget Havsul I som er tenkt plassert i sjøen utenfor kysten av Møre. Konsesjonsvedtaket er påklaget, og OED har enda ikke tatt endelig stilling til vedtaket.

Havsul I har en geografisk beliggenhet i grensen mellom indre farvann og sjøterritoriet. Noe avhengig av hvilken turbinstørrelse man velger ved en realisasjon av vindkraftparken vil inntil 10 % av anleggets totale arealbeslag være områder i sjøterritoriet, altså utenfor grunnlinjene.⁵³ Dette faktum forbigikk NVE i stillhet i sine begrunnelser for konsesjonsvedtaket.

Spørsmålet som kan reises er om det er grunnlag for å underlegge ordlyden i enl. § 1-1 en *utvidende tolkning* slik at energiloven stedlig sett også omfatter offshore vindkraftanlegg der deler av anlegget ligger i sjøterritoriet?

I det enkelte tilfelle er det nærliggende å tenke seg at det i så fall må være *rimelighets- og hensiktsmessighetsbetraktninger* som skulle gi rettskildemessig grunnlag for en slik tolkning på tvers av ordlyden. Det er uheldig hvis et vindkraftanlegg må plasseres et bestemt sted av hensyn til energilovens geografiske anvendelsesområde. Den samfunnsrasjonelle løsningen må være at anleggene plasseres der det blant annet er egnede vindforhold og akseptable miljøkonsekvenser. Da kan kanskje heller disse rasjonalitetsbetraktningene anføres som rettslige argumenter for å strekke energilovens virkeområde i stedet for å fastholde en streng ordlydstolkning som kan medføre uheldige konsekvenser på grunn av grunnlinjegrensen?

Det *alminnelige legalitetsprinsippet* innebærer imidlertid at man bør være svært varsom med å tolke ordlyden i en lovbestemmelse utvidende der

⁵³ Dette faktum har jeg fått av konsesjonsansvarlig i NVE Arne Olsen som har behandlet saken.

offentlige myndigheter griper inn i tiltakshavers rettsfære.⁵⁴ Dette kan gjøre det betenkelig å tøyne forståelsen av enl. § 1-1, annet ledd slik at energiloven også omfatter vindkraft i sjøterritoriet. Særlig gjør dette seg gjeldende hvis offentlige myndigheter bruker en slik begrunnelse for å *nekte* oppføring og drift av vindkraftinstallasjoner utenfor grunnlinjene. Men man kan også stille seg tvilende til en slik lovtolkning hvis den gir grunnlag for å gripe inn og knytte nærmere *betingelser* til en konsesjon. Legalitetsprinsippet setter likevel bare den grense at offentlige inngrep må ha grunnlag i eller *i medhold* av lovhjemmel.⁵⁵ I den grad man kan si at bruken av reelle hensyn som tolkningsfaktor i det konkrete tilfellet ligger innenfor alminnelige tolkningslære, vil det kunne være grunnlag for å hevde at energilovens anvendelse for deler av vindkraftanlegg som befinner seg utenfor grunnlinjene er i medhold av enl. § 1-1, annet ledd.

Spørsmålet om det er grunnlag for å underlegge enl. § 1-1, annet ledd en utvidende tolkning er svært tvilsomt. Den mest naturlige forståelsen av ordlyden gir et klart holdepunkt om at grunnlinjegrensen skal være avgjørende. Om det likevel skulle være grunnlag i rimelighetshensyn for å modifisere denne regelen noe, bør det i så fall være tale om en begrenset utvidelse av energilovens geografiske anvendelsesområde. I denne sammenheng er det nærliggende å tenke seg at dette er aktuelt der bare enkelte av bestanddelene i anlegget befinner seg utenfor grunnlinjene.

3.2.3 Konsesjonskrav i indre farvann

Slik fremstillingen ovenfor viser, er energiloven både geografisk og funksjonelt anvendelig på etablering av offshore vindkraft innenfor grunnlinjene. Spørsmålet er hvilke rettslige virkninger dette trekker med seg?

⁵⁴ Eckhoff, s. 127

⁵⁵ Andenæs, Statsforfatningen I Norge, s. 226.

Energiloven er bygget opp som en konsesjonslov og har flere bestemmelser som omhandler ulike typer konsesjon.⁵⁶ For offshore vindkraft i indre farvann finnes de sentrale bestemmelsene i kapittel 3 som gjelder «elektriske anlegg». Begrepet er legaldefinert i enl. § 1-3. Uttrykket er ment som en fellesbetegnelse på «elektrisk utrustning og tilhørende bygningstekniske konstruksjoner for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi». Etter ordlyden retter lovens kapittel 3 seg derfor mot elektriske installasjoner i kraftverk, anlegg for transformering av spenning, anlegg for konvertering av likestrøm til vekselstrøm og kraftledninger m.v.⁵⁷ Kapitlet er dermed ikke bare utformet med tanke på selve produksjonen av strøm som skjer i en vindturbin. Tilhørende transformatorstasjoner og sjøkabler omfattes også.

Bestemmelsen i enl. § 3-1 oppstiller et vilkår om at «anlegg for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi med høy spenning» må ha konsesjon for og bygges eller drives.⁵⁸ Den oppstiller dermed et forbud mot å etablere eller drifte slike anlegg uten en særskilt tillatelse. Et vindkraftanlegg er sammensatt av flere ulike komponenter som alle er nødvendige for at den elektriske strømmen skal kunne produseres og til slutt benyttes av sluttbrukeren. Bestemmelsen omfatter de viktige sidene av anlegget, både vindturbinene, transformatoranleggene og sjøkablene.

Kravet til anleggskonsesjon etter enl. § 3-1 gjelder likevel bare for anlegg med «høy spenning». Dette er presisert nærmere i energiforskriftens § 3-1.⁵⁹ Den nedre grensen for høy spenning går ved 1000 volt vekselstrøm eller

⁵⁶ Jfr. enl. § 2-2 om områdekonsesjon og enl. § 5-1 om fjernvarmekonsesjon.

⁵⁷ Martinsen, Bibow og Støle, s. 27.

⁵⁸ En nærmere vurdering av denne bestemmelsen gis hos Ulf Hammer sitt kapittel i boka vassdrags- og energirett, s. 666.

⁵⁹ Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi med mer av 7. desember 1990 nr. 959, fastsatt av Olje- og energidepartementet med hjemmel i energiloven § 7-6.

1500 volt likestrøm. I praksis ligger alle havbaserte vindkraftanlegg over denne grensen og omfattes av konsesjonskravet.

Forbudet i enl. § 3-1 suppleres av enl. § 3-4. Sistnevnte bestemmelse gir hjemmel for at det kan knyttes nærmere vilkår til en anleggskonsesjon. Fra et mer overordnet perspektiv sørger disse to bestemmelsene i samvirke for å legge forholdene til rette for en *sterk offentlig styring og kontroll* med både utbygging og drift av havvindkraft i indre farvann.

En side ved dette er at norske myndigheter innehar et klart hjemmelsgrunnlag for å nekte offshore vindkraft i disse områdene dersom de anser de negative konsekvensene av tiltaket for store.

3.2.3.1 Saksbehandlingsregler

Energilovens anvendelse trekker også med seg et sett av regler for hvordan konsesjonssaker etter enl. § 3-1 skal *behandles*. Etter enl. § 2-1 skal søknader om anleggskonsesjon til vindkraft sendes til den kompetente konsesjonsmyndighet. Denne myndigheten er som utgangspunkt tillagt Olje- og energidepartementet(OED), jfr. enl. § 2-2. Men etter vedtak fattet av OED er denne kompetansen, med enkelte unntak, delegert til Norges vassdrags- og energidirektorat(NVE).⁶⁰

Det sentrale elementet i NVEs behandling av vindkraftsaker er å tilveiebringe et så klart bilde av *sakens faktiske omstendigheter* som mulig før det fattes vedtak om innvilgelse eller nektelse av konsesjon. Dette gjøres dels ved at tiltakshaver pålegges å frembringe informasjon, og dels ved at NVE selv skaffer opplysninger. For at forvaltningen skal ta materielt riktige avgjørelser er det gjennomgående en nødvendig forutsetning at faktum er kartlagt på en god måte. Dette følger i utgangspunktet allerede av den generelle bestemmelsen i forvaltningslovens § 17.⁶¹ Etter denne skal saker

⁶⁰ vedtak 23.august 2006 nr. 993

⁶¹ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker(forvaltningsloven) av 10. februar 1967.

være så «godt opplyst som mulig» før vedtak treffes. En lignende regulering er inntatt i energiloven og understreker at denne prinsipielt viktige regelen også gjelder for den særskilte forvaltningsmyndighet NVE utøver i medhold av energiloven. Det fremgår av enl. § 2-1, tredje ledd at en søknad om konsesjon skal gi de opplysninger som er «nødvendig» for å vurdere om tillatelse til tiltaket skal gis, og eventuelt på hvilke vilkår.

Som et viktig ledd av saksbehandlingen gir enl. § 2-1 en henvisning av vesentlig betydning til plan- og bygningsloven. Dersom en konsesjonssøknad etter energiloven omfattes av kravet til konsekvensutredninger i plan- og bygningslovens kapittel VII-a, skal denne utredningen vedlegges søknaden, for eksempel en søknad om anleggskonsesjon til vindkraftverk. I praksis ser man dermed at disse to lovene til dels er tilpasset og henviser til hverandre ved at konsekvensutredningsreglene er gjort til en *integrert* del av konsesjonsbehandlingen etter energiloven.

Videre følger det av enl. § 2-1, åttende ledd, at offentlige organer og andre som tiltaket direkte gjelder, som hovedregel skal få søknaden tilsendt til uttalelse før vedtak om konsesjon treffes. Bestemmelsen sikrer dermed kontradiksjon i saksbehandlingen og gir både berørte offentlig og private interesser anledning til å uttale seg og komme med innsigelser.

3.2.3.2 Materielle rammer for konsesjonsvurderingen

Selv om energiloven klart nok oppstiller et krav til konsesjon for bygging og drift av offshore vindkraft i indre farvann, og det gis relativt utfyllende prosessuelle regler for hvordan saken skal behandles forut for konsesjonsvedtaket, gir ikke loven fullt så klare holdepunkter for hvordan NVE skal utøve sin *materielle kompetanse*. Etter enl. § 3-1 heter det at «anlegg for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi med høy spenning, kan ikke bygges eller drives uten konsesjon.» Det gis dermed ingen lovfestede kriterier for hva som skal til for at konsesjon innvilges.

Til sammenligning kan det ses hen til vannressurslovens § 25.⁶² Der fremgår det at «konsesjon bare kan gis hvis fordelene ved tiltaket overstiger skader og ulemper for allmenne og private interesser som blir berørt». Dette innebærer at det stilles et krav om at fordelene ved tiltaket overstiger ulempene. Dette legger riktignok opp til et sterkt innslag av forvaltningsskjønn, men i motsetning til enl. § 3-1 gis det likevel enkelte lovfestede føringer for den avveiningen som skal foretas.⁶³

Energiforskriftens § 2-2 fremholder at konsesjon i det enkelte tilfellet skal tildeles på bakgrunn av objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier. Språklig sett henstiller dette blant annet til at det skal være en viss gjennomsluktighet med hensyn til hvilke kriterier som er vektlagt, og at ingen tiltakshavere skal oppnå fordeler på bakgrunn av nasjonalitet eller lignende. Forskriften oppstiller likevel bare generelle krav til kriteriene. Den sier ikke noe nærmere om *hvilke* rettslige konsesjonskriterier som gjelder. Det kan derfor være grunn til å reise spørsmålet om denne bestemmelsen har noe annet formål enn å understreke implementeringen av EØS-rettens tildelingskrav.⁶⁴

I det hele tatt kan det se ut som energiloven med dens tilhørende forskriftsverk gir svært få holdepunkter for den vurderingen om innvilgelse av konsesjon NVE skal foreta etter enl. § 3-1. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis negativt. Mangelen på konsesjonskriterier kan reflektere et bevisst valg fra Lovgivers side. Situasjonen kan være den at det anses fordelaktig å overlate en vid skjønnskompetanse til forvaltningen. Lovfesting av at enkelte kriterier skal vektlegges i konsesjonsspørsmålet innebærer samtidig en innsnevring av forvaltningens skjønnsadgang.

⁶² Lov om vassdrag og grunnvann av 24.november 2000, nr. 82.

⁶³ Winge, s. 41.

⁶⁴ Se Europaparlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF av 19 desember 1996 om regler for det indre marked for elektrisitet.

NVEs praksis illustrerer imidlertid at konsesjonsvurderingen enl. § 3-1 ikke er helt uten retningslinjer. Som hovedregel blir det lagt et *forholdsmessighetsprinsipp* til grunn der det må være interesseovervekt av positive virkninger for at en søknad om anleggskonsesjon innvilges.⁶⁵ Dette åpner for en vid vurdering der alle relevante interesser kan tas i betraktning og tillegges vekt, herunder for eksempel hensynet til energiforsyning, bevaring av miljø og fiskeriinteresser. Det er imidlertid ikke mulig å gi noe generelt svar på hvilke interesser som taler i hvilken retning og skal tillegges hvilken vekt i den enkelte sak. Dette beror på de konkrete forhold ved det omsøkte tiltaket.

I tillegg gir formålsbestemmelsen i enl. § 1-2 en rettsnor for NVEs konsesjonsvurdering etter enl. § 3-1.⁶⁶ Det fremgår av § 1-2 at «Loven skal sikre at produksjon, 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».

Etter ordlyden synes begrepet «samfunnsmessig rasjonalitet» å henvise til økonomisk teori, og at samfunnsmessige effektivitetsbetraktninger dermed skal komme inn å være en del av avgjørelsesgrunnlaget etter enl. § 3-1. Forarbeidene til formålsbestemmelsen fremholder i forlengelsen av dette at lovens hovedmålsetning er å ivareta hensynet til en riktig ressursbruk i produksjon og fordeling av energi.⁶⁷ Det kan derfor ikke være tvilsomt at både økonomiske betraktninger og vurderinger av hva som er en god og fornuftig ressursutnyttelse kan være relevant og tillegges vekt i konsesjonsspørsmålet.⁶⁸

⁶⁵ Winge behandler dette spørsmålet grundig i kapittel 3.

⁶⁶ Eckhoff og Smith drøfter formålsbestemmers betydning ved forvaltningsrettslig lovgivning, s. 263.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 43 (1989-90) s. 83.

⁶⁸ Hammer, Kraftmarked og Nettmonopol, s. 658.

Like fullt skal det tas hensyn til «allmenne og private interesser». Dette er vidt formulert og vil også kunne omfatte interesser som ikke kan verdsettes økonomisk. I følge forarbeidene kan allmenne interesser omfatte blant annet «vitenskap, kultur, naturvern, friluftsliv, landskap, fugletrekk, fisk, næringsliv samt de berørte lokalsamfunn og de berørte kommuner». ⁶⁹ De private interessene vil typisk være grunneierinteresser og forbrukerinteresser.

NVEs konsesjonsvedtak for vindkraftanlegget Havsul I illustrerer denne vide vurderingen som foretas. Hovedkategoriene som ble inntatt var elektrisitetsproduksjon og forsyningssikkerhet, virkninger for natur og miljø og samfunnsmessige virkninger. ⁷⁰ I denne helhetlige interesseavveiningen ble det lagt avgjørende vekt på at Møre og Romsdal var et underskuddsområde for elektrisk kraft, og at tiltaket ville virke positivt på kraftbalansen regionalt og styrke forsyningssikkerheten lokalt. ⁷¹ Men hadde de negative miljøeffektene av tiltaket vært større, kan det tenkes at konklusjonen hadde blitt en annen.

3.2.4 Indirekte betydning utenfor grunnlinjene

Utenfor grunnlinjene er situasjonen en annen enn i indre farvann. I tråd med energilovens geografiske anvendelsesområde (punkt 3.2.2) må det legges til grunn at energiloven, i hvert fall som den klare hovedregel, ikke kommer til anvendelse i norsk sjøterritorium eller i norsk økonomisk sone. I utgangspunktet trekker dette med seg flere virkninger for konsesjonsrammeverket for offshore vindkraft.

Den mest opplagte konsekvensen er at enl. § 3-1 ikke gir direkte grunnlag for å hindre bygging og drift av offshore vindkraft i disse havområdene. Når ikke energiloven er geografisk anvendelig, kan heller ikke offentlige

⁶⁹ Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) s. 13.

⁷⁰ Konsesjonsbegrunnelsens punkt 7.

⁷¹ Konsesjonsvedtakets side 3.

myndigheter påberope lovens bestemmelser som rettslig hjemmel for å nekte tiltakshavere å etablere et vindkraftanlegg utenfor grunnlinjene. I denne sammenheng vil det heller ikke være adgang til å knytte nærmere betingelser til en utbygging i medhold av enl. § 3-4. Bakgrunnen er de skranker legalitetsprinsippet oppstiller for å foreta denne type inngrep i tiltakshaveres rettsfære.⁷²

I forlengelsen av dette vil uansett verken NVE eller OED ha en slik kompetanse at de kan treffe konsesjonsvedtak for vindkrafttiltak utenfor grunnlinjene. Disse forvaltningsorganenes myndighet følger av og utøves i medhold av energiloven. I dette henseende ligger disse forvaltningsorganenes kompetanse innenfor rammene av loven, herunder dens geografiske utstrekning.⁷³

De samme betraktninger gjør seg gjeldende for de prosessuelle bestemmelsene i enl. § 2-2. Disse utgjør også en del av energiloven, og de kan derfor ikke komme til anvendelse for vindkraftanlegg utenfor lovens virkeområde. Dette innebærer imidlertid ikke automatisk at man står helt uten saksbehandlingsregler for vindkraftanlegg i sjøterritoriet og i den økonomiske sone. Det kan reises et særlig spørsmål om like eller lignende prosessregler kan gjelde også utenfor grunnlinjene. Grunnlaget må i så fall være at de utgjør, eller er utslag av, alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler.⁷⁴

I et videre perspektiv, er den formelle konsekvensen at energiloven ikke innehar rollen som rettslig hjelpemiddel til å sikre en sterk statlig styring og kontroll med energiforsyning og energisikkerhet i relasjon til utbygging og drift av offshore vindkraft utenfor grunnlinjene. I så fall mangler man det nødvendige rettslige grunnlag for å ivareta hensyn som anses overordnet i energisektoren. En slik konklusjon vil imidlertid være unyansert og

⁷² Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, s. 237.

⁷³ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, s. 237.

⁷⁴ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, kapittel 17.

gjenspeiler ikke den faktiske situasjonen i alle henseende. De havbaserte vindkraftanleggenes kompliserte sammensetning medfører at energiloven i praktisk viktige tilfeller gir offentlige myndigheter en form for indirekte styring og kontroll med næringen også utenfor grunnlinjene.

Det er sannsynlig at de fleste havbaserte vindkraftanlegg som etableres i norsk sjøterritorium og i norsk økonomisk sone vil basere seg på å lede den produserte strømmen inn til norsk fastland. Dette har sammenheng med muligheten for å mate produksjonen inn på det norske distribusjonsnettet, og at det er knyttet usikkerhet til hvorvidt noe annet alternativ i det hele tatt er realistisk. Direkte eksport av strømmen fra vindkraftanlegget til et annet land synes som en mulig, men kostbar løsning. Man vil i så fall som regel måtte påregne en lenger overføringskabel til en dyrere pris og et større overføringstap. Benyttelse av strømmen på installasjoner som allerede befinner seg i havområdene er kanskje også en mulighet. Det er imidlertid enda ikke klarlagt om en slik «elektrifisering» av sokkelen lar seg gjennomføre på en god måte i praksis.

Dersom strømmen fra et offshore vindkraftanlegg i sjøterritoriet eller i den økonomiske sone skal ledes til norsk fastland, må disse sjøkablene på et eller annet tidspunkt krysse de norske grunnlinjene. På samme tid vil man være avhengig av tilhørende transformatoranlegg på norsk fastland for å transformere strømmen mellom likestrøm og vekselstrøm. Sistnevnte er en forutsetning for at den kan mates inn på distribusjonsnettet.

Etter enl. § 1-1, annet ledd, jfr. enl. § 3-1, kommer energiloven og dens konsesjonskrav til anvendelse på sjøkabler og transformatoranlegg innenfor grunnlinjene. Det fremgår verken av loven eller andre rettskilder at dette ikke gjelder dersom selve strømproduksjonen skjer utenfor grunnlinjene. Dette innebærer at selv om ikke vindturbinene som sådan er underlagt noe konsesjonskrav, forutsettes det fortsatt tillatelse fra NVE for å bygge og drive nødvendige kabler og konsesjonsanlegg. Spørsmålet er om dette i realiteten innebærer at offshore vindkraft utenfor grunnlinjene i disse tilfellene er underlagt en form for indirekte konsesjonskrav?

Som allerede nevnt ovenfor i punkt 3.2.3 er NVE tillagt en vid skjønnsadgang etter konsesjonsvurderingen i enl. § 3-1. Lovteksten gir ikke nærmere rettslige kriterier for hva som skal vektlegges i vurderingen av om konsesjon kan gis. Slik bestemmelsen er utformet gir den ikke grunnlag for å utlede en regel om at NVE ikke kan vurdere anlegget som en helhet, også vindturbiner utenfor grunnlinjene, når det tas stilling til spørsmålet om konsesjon for sjøkabel og landbaserte transformatoranlegg. Motsetningsvis skulle denne vide skjønnsadgangen i enl. § 3-1 åpne for tilsi at dette er forhold forvaltningen kan ta i betraktning og vektlegge i sin avgjørelse. I praksis innebærer dette i så fall at det åpnes en «bakvei» der man kan nekte konsesjon til nødvendige deler av vindkraftanlegget dersom man mener anlegget som helhet ikke er samfunnsmessig rasjonelt og medfører for store ulemper. I realiteten kan nektelse av konsesjon til nødvendige kabler og transformatoranlegg ha den samme virkning som en manglende tillatelse til å oppføre og drive selve vindturbinene uavhengig av om disse befinner seg utenfor grunnlinjene. Det er liten grunn for tiltakshaver til å produsere strøm hvis den ikke kan fraktes og gjøres anvendelig for konsumentene.

Men denne formen for indirekte styring og kontroll med offshore vindkraft forutsetter som nevnt at enkelte deler eller komponenter av vindkraftanlegget krysser eller ligger innenfor grunnlinjene. Dersom strømmen ledes direkte til andre land eller benyttes til elektrifisering av installasjoner utenfor grunnlinjene, kommer energiloven verken direkte eller indirekte til anvendelse.

Lyses melding til NVE om planlegging av Sørilige Nordsjøen vindkraftanlegg⁷⁵ illustrerer at potensielle tiltakshavere i den havbaserte vindkraftnæringen i hvert fall tenker seg direkte eksport som en mulig løsning i fremtiden. Et avsnitt i denne meldingen vurderer muligheten for at produksjonen fra dette anlegget skulle kunne kobles direkte inn på NorGer –

⁷⁵ Saksnummer 200800325 hos NVE.

kabelen og ledes direkte til Tyskland.⁷⁶ Strømmen vil i så tilfelle ikke på noe tidspunkt bevege seg innenfor norsk indre farvann, og anlegget som helhet vil befinne seg utenfor grunnlinjene. Etter gjeldende rettsstilstand vil realisering av en slik løsning innebære at anlegget går helt klar av energiloven.

Forholdet til energiloven vil være det samme dersom strømmen kan anvendes på installasjoner som allerede befinner seg utenfor norske grunnlinjer, for eksempel på norsk kontinentalsokkel. Særlige installasjoner til bruk i petroleumsnæringen bruker store mengder energi, og da som regel fossile kraftkilder som innebærer utslipp av klimagasser. Dersom et offshore vindkraftanlegg kan elektrifisere disse vil det ikke nødvendigvis være behov for at noen av anleggets komponenter ligger innenfor grunnlinjene. I denne forbindelse oppstår det imidlertid et særlig spørsmål om forholdet til reglene i petroleumsloven som behandles nærmere nedenfor i punkt 3.4.4.

3.3 Planreglene i plan- og bygningsloven

3.3.1 Ny plan- og bygningslov

Plan- og bygningsretten er i sterk endring og utvikling i disse dager. Plan- og bygningsloven fra 1985 gjelder fortsatt. Stortinget har imidlertid vedtatt nye planregler til en ny lov som skal erstatte 1985-loven.⁷⁷ Disse nye planreglene skal etter planen tre i kraft 1. Juli 2009. Inntil da befinner man seg i en overgangsfase. En fremstilling om det rettslige rammeverket for offshore vindkraft må forholde seg til de gjeldende rettsregler. Man bør på samme tid ta med i betraktningen at et nytt lovverk står på trappene og i løpet av kort tid vil erstatte det gjeldende.

⁷⁶ NorGer kabelen er fortsatt også på meldingsstadiet. Saksnummer 200704983 hos NVE.

⁷⁷ Lov om planlegging og byggesaksbehandling(plandelen) av 27. juni 2008, nr. 71.

Et av de særskilte formålene med disse nye bestemmelsene er å effektivisere plan- og konsesjonsprosessene knyttet til anlegg for produksjon og overføring av elektrisk energi. Dette skal gjøres gjennom å legge forholdene til rette for en sterkere samordning mellom konsesjonsbehandlingen og planbehandlingen enn det som har vært tidligere.⁷⁸ Det gjøres derfor endringer, eller i hvert fall modifikasjoner, i det tosporede systemet energiltak må forholde seg til i form av regulering både i energiloven og i plan- og bygningsloven. Dette innebærer imidlertid ikke at den nye plan- og bygningsloven mister sin rolle som en sektorovergripende samordningslov. Plan- og bygningsretten er, og vil fortsatt være, et rettslig hjelpemiddel for avveie hensynet til ulike interesser gjennom regler som gjelder bruk av arealer både på norsk fastland og i enkelte sjøområder.

3.3.2 Funksjonelt anvendelsesområde

Verken den gjeldende eller den nye plan- og bygningsloven har noen egen bestemmelse innledningsvis som klart definerer lovens saklige virkeområde. Ved første øyenkast er det derfor ikke grunnlag for å si at loven ubetinget omfatter eller ikke omfatter bygging av offshore vindkraft funksjonelt sett. Spørsmålet beror derfor på lovverkets enkelte kapitler og bestemmelser.

Gjeldende plan- og bygningslov § 93 oppstiller en hovedregel om at *enhver* byggesak krever søknad og tillatelse fra den berørte kommunen før bygging kan påbegynnes. Etter første ledd bokstav a) omfatter dette tillatelseskravet som utgangspunkt også bygging av vindkraftanlegg. Etter forskrift om saksbehandling og kontroll av byggesaker § 7, nr. 1, bokstav c er imidlertid vindkraftanlegg m.v. som har vært underlagt konsesjonsbehandling etter energiloven særlig *unntatt* fra lovens kapittel

⁷⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-08) s. 40.

XVI.⁷⁹ Dette innebærer at det ikke gjelder noe generelt tillatelseskrav etter gjeldende plan- og bygningslov for bygging av offshore vindkraft.⁸⁰

Det betyr imidlertid ikke det samme som at utbygging av havbasert vindkraft går helt klar av plan- og bygningslovens bestemmelser. Som vi kommer tilbake til nedenfor i punkt 3.3.4, er kravet til arealavklaring funksjonelt anvendelig og gjelder som hovedregel fullt ut for bygging av offshore vindkraft.⁸¹

De særlige reglene i pbl. kapittel VII-a har også et funksjonelt anvendelsesområde som omfatter offshore vindkraft. Disse bestemmelsene gjelder for planer og tiltak som kan ha «vesentlige virkninger for miljø, naturressurser eller samfunn», jfr. pbl. § 33-1, første ledd.

I vedleggene til forskrift om konesekvensutredninger presiseres det ytterlig hvilke planer og tiltak som saklig sett er pliktig underlagt konsekvensutredning.⁸² Det følger av vedlegg 1, nr. 10 at vindkraftanlegg med en installert effekt på mer enn 10 MW alltid skal utredes etter de nærmere reglene i forskriftens § 2. I praksis innebærer denne lave terskelen at offshore vindkraft er underlagt reglene såfremt de er geografisk anvendelige. Kapittel 14 i den nye plan- og bygningsloven viderefører dette.

3.3.3 Geografisk anvendelsesområde

Det fremgår av pbl. § 1, første ledd, annet punktum, at gjeldende plan- og bygningslov for sjøområdendes vedkommende «gjelder ut til grunnlinjene». *Ordlyden* fastlegger dette uttrykkelig, og det åpnes i realiteten ikke for særskilte tolkningsproblemer.

⁷⁹ Forskrift om saksbehandling og kontroll av byggesaker av 24. juni 2003, nr. 749.

⁸⁰ Det samme gjelder vindkraft på land, Winge, s. 101.

⁸¹ Unntakene er hvis vindkraften etableres utenfor grunnlinjene, jfr. oppgavens punkt 3.3.2 nedenfor.

⁸² Forskrift om konsekvensutredninger av 4. januar 2005, nr. 276 gitt med hjemmel i plan- og bygningslovens § 33-5.

I dette henseende uttrykker plan- og bygningsloven seg klarere enn energiloven. Den ytre geografiske grensen for lovens anvendelsesområde knyttes eksplisitt til begrepet «grunnlinjene». Det må på den ene siden innebære at plan- og bygningsloven fra 1985 gjelder havområdene i indre farvann. På den annen side ligger det i formuleringen «ut til» at den verken kommer til anvendelse i sjøterritoriet eller den økonomiske sone.

En slik forståelse av ordlyden støttes av *forarbeidene* der det også gis en begrunnelse for regelen. Det fremgår at ulike former for aktivitet har skapt et behov for regulering av arealbruken i *kystnære sjøområder*. Planreglene vil være egnet til dette ved at kommunen angir disponering av havflaten og havbunnen i arealdelen til kommuneplanen, mens detaljregulering kan skje gjennom reguleringsplan.⁸³

Med mindre annet er særlig bestemt er det naturlig å forstå det slik at denne regelen gjelder loven som helhet og dermed også de bestemmelsene som er funksjonelt anvendelige på offshore vindkraft. Dette innebærer at planavklaringskravet (se nærmere nedenfor i punkt 3.3.3) også bare gjelder såfremt utbyggingstiltaket er tenkt lokalisert i indre farvann.

Konsekvensutredningsforskriften har en egen bestemmelse om geografisk virkeområde i § 1, annet ledd. Av denne fremgår det at «Forskriftens geografiske virkeområde følger av plan- og bygningslovens § 1». Formuleringen åpner ikke for tolkningstvil. Forskriften om konsekvensutredninger er verken anvendelig for tiltak i sjøterritoriet eller i den økonomiske sone.

Denne grunnlinjeregelen videreføres *ikke* i de nye planbestemmelsene til ny plan- og bygningslov. Etter dennes § 1-2, annet ledd, skal loven gjelde til «én nautisk mil utenfor grunnlinjene». Motivene begrunner utvidelsen i to forhold. For det første er en slik geografisk utvidelse i tråd med de

⁸³ Ot.prp. nr. 56, s. 25.

forpliktelser Norge er pålagt gjennom EUs rammedirektiv for vann.⁸⁴ Direktivet forutsetter at det utarbeides vannforvaltningsplaner i områder ut til én nautisk mil fra grunnlinjene. For det andre har aktiviteten som drives i sjøområdene utenfor kysten etter hvert blitt mer sammensatt. I denne sammenhengen nevnes blant annet utviklingen av vindkraftnæringen som et forhold som har behov for den type sektorovergripende planprosesser plan- og bygningsloven sikrer, og at dette behovet også kan gjøre seg gjeldende utover grunnlinjegrensen.⁸⁵

I tillegg til dette er det inntatt en særbestemmelse som kan gi grunnlag for ytterligere utvidelse av virkeområdet til konsekvensutredningsreglene i kapittel 14. Når de nye planbestemmelsene trer i kraft kan «Kongen bestemme at kapittel 14 skal gjelde for nærmere bestemte tiltak utenfor én nautisk mil utenfor grunnlinjene», jfr. § 1-2, tredje ledd. Dette innebærer at det åpnes en vid hjemmel for å gi nærmere forskrifter om konsekvensutredning av havbaserte vindkraftanlegg også utenfor det alminnelige anvendelsesområdet til loven. I medhold av denne kan det gis nærmere regler om utredningsbestemmelsenes anvendelighet for havbasert vindkraft i sjøterritoriet og den økonomiske sone. Men inntil en slik særlig regulering er på plass, må det legges til grunn at kapittel 14 i de nye planbestemmelsene har samme stedlige virkeområde som resten av loven.

3.3.4 Planavklaringskrav i indre farvann

Som allerede nevnt ovenfor i punkt 3.3.2 er kravet til planavklaring funksjonelt anvendelig på bruk av arealer til bygging av vindkraft. Dette gjelder selv om vindkraftanlegg er unntatt fra det generelle tillatelseskrevet i pbl. § 93.⁸⁶ I forlengelsen av dette vil plan- og bygningslovens alminnelige

⁸⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/60/EF av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for fellesskapets vannpolitikk.

⁸⁵ Ot.prp. 32 (2007-08), s. 62.

⁸⁶ Se ovenfor i punkt 3.3.2.

geografiske virkeområde i pbl. § 1 komme til anvendelse for disse reglene med mindre annet er særskilt bestemt. Konklusjonen er derfor at tiltakshaver er avhengig av planavklaring før han kan bygge vindkraft i indre farvann, og dette krever en noe mer inngående forklaring.

Plan- og bygningsloven er etablert rundt et system av ulike planer på både statlig, regionalt og kommunalt nivå. I tillegg oppstilles det ofte krav om at nærmere bestemte tiltak skal underlegges en mer detaljert reguleringsplan. Planleggingen går ut på å fastsette hvordan landområdene og sjøområdene i indre farvann skal forvaltes, og det som skiller planene fra hverandre er beslutningsnivået de vedtas fra, og rettsvirkningene som følger av en vedtatt plan.⁸⁷

På regionalt nivå er det vanlig at det gis *fylkeplaner* om etablering av landbasert vindkraft. Dette har sammenheng med fylkeskommunenes plikt til å sørge for at «det innen fylkets område utføres en løpende fylkesplanlegging», jfr. pbl. § 19-1, første ledd. Formålet med disse planene følger av pbl. § 19-1, annet ledd. Etter denne bestemmelsen heter det at «Fylkesplanleggingen skal samordne statens, fylkeskommunens og hovedtrekkene i kommunens fysiske, økonomiske, sosiale og kulturelle virksomhet i fylket.

Disse fylkesplanene er likevel *ikke rettslig bindende* for en tiltakshaver som ønsker å bygge ut offshore vindkraft i indre farvann som tilligger et fylke. Det fremgår av pbl. § 19-6 at fylkesplanen kun skal være *retningsgivende* for kommunal og statlig arealforvaltning. En fylkesplan er dermed ikke rettslig forpliktende for verken tiltakshaver, NVEs konsesjonsbehandling eller kommunenes arealplanlegging.⁸⁸ En annen sak er at fylkesplaner *kan* tillegges vekt både i NVEs konsesjonsvurdering og ved kommunenes arealplanlegging.

⁸⁷ Bugge s. 140, Winge s. 102.

⁸⁸ Winge, s. 102.

Det påligger imidlertid også kommunene å foreta en løpende kommunalplanlegging, jfr. pbl. § 20-1, første ledd. Kommuneplanene skal inneholde både en kortsiktig og langsiktig del, jfr. pbl. § 20-1, annet ledd. Den langsiktige delen omfatter en arealdel som fastsetter bruk av arealer og ressurser i kommunen.

Arealdelen til kommuneplanen skal i nødvendig utstrekning angi områder for særskilt bruk eller vern i sjø, jfr. pbl. § 20-4 nr. 5. Det følger av denne bestemmelsen at dette omfatter blant annet ferdsel-, fiske-, akvakultur-, natur og friluftsområder. Kommuneplaner er dermed ikke begrenset til regulering av landarealer. Kystnære kommuner skal også fastsette planer for sine nærliggende sjøområder.

Bygging av et offshore vindkraftanlegg i indre farvann forutsetter at det aktuelle arealet er regulert på en slik måte i kommunens arealplan at det er åpnet for bygging. Reguleringskategoriene fremgår av pbl. § 20-4. Etter bestemmelsen i pbl. § 20-6, annet ledd kan ikke et vindkraftanlegg oppføres i *strid* med det som er fastsatt i en endelig arealplan. Dersom det foreligger en kommuneplan for det aktuelle sjøområdet, og denne inneholder en regulering som er uforenlig med bygging av vindkraft, vil tiltakshaver være avhengig av at den gjeldende plan *endres* eller *dispenseres* fra.⁸⁹ Først når en slik endring er foretatt, eller en dispensasjon er gitt, åpner bestemmelsen i pbl. § 20-6, annet ledd for at et offshore vindkraftanlegg kan bygges.

Enkelte ganger har kommunene i tillegg en plikt til å gi en mer detaljert regulering av bruken av et område gjennom en reguleringsplan, jfr. pbl. § 22. Dette er en mer presis beskrivelse av arealutnyttelsen i et mindre område innenfor kommuneplanens arealdel. Regelen er at slike reguleringsplaner skal gis for «større bygnings- og anleggsarbeider». Miljødepartementet har fremholdt at vindkraftanlegg er av et slikt omfang at det faller inn under denne reguleringsplikten.⁹⁰

⁸⁹ Dispensasjonsadgangen redegjøres det nærmere for hos Bugge s. 136 flg.

⁹⁰ T-1395 Planjuss nr. 1/2002.

Selv om bygging av et vindkraftanlegg er i samsvar med kommunens arealplan, kan tiltakshavers utbygging likevel hindres dersom kommunen har gitt en reguleringsplan for det aktuelle området. Nye tiltak som planlegges innenfor en reguleringsplans område, og som strider mot reguleringsformålet, vil være forbudt å gjennomføre, jfr. pbl. § 31, nr. 1.

I praksis er det disse planreglene for arealbruk sammen med konsesjonsreglene i energiloven som utgjør bakgrunnen for at det fremholdes at bygging av energitiltak følger et tosporet regelverk. Etter ordlyden i enl. § 3-1 får tiltakshaver både en rett til å bygge og drive offshore vindkraft ved oppnådd anleggskonsesjon. Realiteten er imidlertid at dette bare gjelder såfremt tiltaket er avklart i forhold til lokale myndigheters areal- og reguleringsplaner. Tiltakshaver oppnår dermed først en endelig byggetillatelse når vindkraftanlegget kan bygges i tråd med gjeldende planer, eller det er gitt nødvendige dispensasjoner fra gjeldende planer.

Disse planreglene innebærer at interessekonflikten som gjør seg gjeldende ved bruk av arealer til offshore vindkraft underlegges en ny og selvstendig vurdering i tillegg til konsesjonsbehandlingen. Ved vurderingen av om det skal gjøres endringer i gjeldende arealplaner, eller dispensereres fra gjeldende arealplaner, får også lokale planmyndigheter mulighet til å ta stilling til det havbaserte vindkraftanlegget. Den endelige avgjørelsen av om bygging skal iverksettes tas dermed ut ifra et lokalt ståsted.⁹¹ I forlengelsen av dette har planbehandlingen en sektorovergripende karakter. Det kan tas stilling til og avvei alle interesser som gjør seg gjeldende ved bruk av det aktuelle området.

Ikrafttredelse av de nye planbestemmelsene vil modifisere dette systemet sterkt. For det første vil *ikke* kommunene lenger være underlagt en plikt til å utarbeide reguleringsplan for konsesjonspliktige anlegg til produksjon av energi, jfr. ny plan- og bygningslov § 12-1, tredje ledd.⁹² Dette er praktisk i

⁹¹ Bugge, s. 103.

⁹² Sml. Plan- og bygningsloven fra 1985 § 23, nr. 1.

de tilfeller det ikke foreligger reguleringsplan for et område, og tiltaket støttes av lokale myndigheter. Endringen medfører at tiltakshaver ikke trenger å forholde seg til en lokal planprosess i tillegg til konsesjonsbehandlingen etter energiloven. Kommunen kan likevel velge å regulere tiltaket dersom de ønsker det. Reguleringsprosessen må da settes i gang på et tidlig tidspunkt slik at man får en prosessuell samordning med behandling av tiltaket etter konsekvensutredningsbestemmelsene og konsesjonsbehandlingen etter energiloven.⁹³

For det andre gjelder fortsatt utgangspunktet at igangsetting av bygging av et vindkraftanlegg forutsetter at det aktuelle området er planregulert til bygging. Dersom det foreligger en plan i samsvar med den nye plan- og bygningslovens § 12-1, første ledd, og denne ikke legger til rette for bygging av kraftproduksjon, er hovedregelen fortsatt at planmyndighetene må endre gjeldende planer eller dispensere fra gjeldende planer. I ny plan- og bygningslov § 6-4, tredje ledd er det imidlertid inntatt en særlig regel som griper inn i dette utgangspunktet. Etter denne bestemmelsen kan departementet(OED) i den enkelte sak kan bestemme at endelig vedtak om konsesjon til kraftproduksjonsanlegg etter energiloven uten videre skal ha virkning som en *statlig arealplan*. Et slikt vedtak kan ikke påklages.

En slik statlig arealplan for direkte bindende virkning for lokale planmyndigheter og tiltakshaver. Dersom det ikke foreligger en lokale planer, får den statlige planen virkning som en arealplan. Foreligger det lokale areal- og reguleringsplaner erstatter den statlige planen disse umiddelbart. Bakgrunnen er hensynet til å unngå at det settes i gang og gjennomføres kommunale reguleringsprosesser i strid med gitte konsesjoner for energiproduksjonsanlegg. Bestemmelsen kan også brukes der det er gitt anleggskonsesjon etter energiloven, men hvor tiltaket er i strid med

⁹³ Ot.prp. nr. 32(2007-08), s. 228-229.

kommunale planer og hvor ikke kommunen ikke ønsker å regulere i samsvar med konsesjonen eller dispensere fra arealdelen.⁹⁴

I realiteten innebærer dette at kommunen som lokal planmyndighet fratras den «vetoretten» mot energianlegg de har hatt gjennom kravet til planavklaring. Regelen i nye plan- og bygningslov § 6-4, tredje ledd innebærer at sentrale myndigheter kan tvinge gjennom et energitiltak de anser nødvendig eller heldig ut ifra samfunnsmessige betraktninger uavhengig av lokal motstand. Fordelene er at det kan skapes et mer effektivt system siden man forenkler prosessen slik at spørsmålet om byggetillatelse reelt sett avgjøres i konsesjonsbehandlingen. Dette kan samtidig kunne medføre et enklere regelverk for tiltakshavere og berørte myndigheter å forholde seg til der de kan konsentrere seg om én sentral konsesjonsprosess. Baksiden er likevel at lokale myndigheters medbestemmelsesrett og påvirkningsmuligheter reduseres. De mister både faktisk myndighet og kontroll med spørsmålet om et offshore vindkraftanlegg kan bygges ut i indre farvann utenfor deres kommune. Lokale myndigheters innsigelsesrett vil i fremtiden knytte seg til planmyndighetens rolle som høringsinstans i vindkraftsaker.

En annen endring som kan få enda større betydning i praksis, er at strømkabler i sentral- og regionalnettet unntas helt fra behandling etter plan- og bygningsloven. Dette innebærer at slike kabler ikke har behov for planavklaring i det hele tatt, men at det er tilstrekkelig for bygging at det er fattet vedtak om konsesjon etter energiloven. Også her vil de lokale planmyndighetens innsigelsesadgang begrense seg til konsesjonsbehandlingen.

3.3.5 Planreglenes betydning utenfor grunnlinjene

Det fremgår av fremstillingen i punkt 3.3.2 at gjeldende plan- og bygningslov bare er geografisk anvendelig i indre farvann, og at i kraft-

⁹⁴ Ot.prp. nr. 32(2007-08), s. 197.

treddelse av de nye planbestemmelsene vil medføre en utvidelse fra dette med én nautisk mil.⁹⁵

Den formelle konsekvensen av dette er at gjeldende plan- og bygningslov ikke stiller noe krav til planavklaring for å iverksette bygging av offshore vindkraft i sjøterritoriet eller i den økonomiske sone. Tilsvarende vil gjelde når den nye loven trer i kraft med unntak av sjøområdet i den første nautiske milen fra grunnlinjene.

På samme vis som beskrevet for energilovens vedkommende, har ikke planmyndighetene rettslig hjemmel i samsvar med legalitetsprinsippet for å hindre bygging av vindkraft utenfor plan- og bygningslovens anvendelsesområde. De har heller ikke adgang til å stille vilkår til tiltakshaver på en måte som griper inne i dennes rettssfære.

Dette kan for så vidt fremstå som en rimelig regel. Dersom et vindkraftanlegg først plasseres utenfor plan- og bygningslovens anvendelsesområde lokaliseres det på samme tid et stykke utenfor kommunens fastlandsområder. Gjennom å angi plan- og bygningslovens geografiske virkeområde har lovgiver tatt et bevisst valg i forhold til spørsmålet om hvor langt ut i farvannene planmyndighetenes innflytelsessfære skal strekke seg. Bakgrunnen kan kanskje være at man anser behovet for lokal arealplanlegging mindre påtrengende i de store havområdene som omfattes av sjøterritoriet og den økonomiske sone i forhold de kystnære indre farvann.

Et spørsmål som kan reises er om kravet til planavklaring, på lignende måte som energilovens konsesjonsregler, kan ha en form for indirekte betydning for arealbruk til offshore vindkraft utenfor grunnlinjene. Dette forutsetter i så tilfelle for det første at det er tale om et vindkraftanlegg som skal lede den produserte kraften til norsk fastland. Dernest må kommunenes gjeldende kommune- og reguleringsplaner være til rettslig hinder for legging av sjøkabel og bygging av landbaserte transformatoranlegg.

⁹⁵ Jfr. Ny plan- og bygningslov § 1-2, annet ledd.

Etter gjeldende plan- og bygningslov kan det tenkes at lokale planmyndigheter har en påvirkningsmulighet i disse tilfellene. Disse indre farvannene og tilstøtende fastlandsområdene kan for eksempel være fastsatt vernet og avsatt til natur og friluft i den kommunale arealplanen etter pbl. § 20-4, nr. 5. En slik planregulering vil være uforenlig med bygging av store transformatoranlegg, og kanskje også legging av sjøkabel. Tiltakshaver vil derfor være avhengig av at lokale planmyndigheter reviderer gjeldende planregulering eller gir dispensasjon fra gjeldende planer etter pbl. § 7.

Hvorvidt planmyndighetene anser det hensiktsmessig å legge til rette for bygging av landbaserte transformatorstasjoner og legging av sjøkabel beror på en vid skjønnsvurdering. Det gis ingen klare lovkrITERIER for hvilke omstendigheter planmyndighetene skal anse som relevante og tillegge vekt når spørsmålet er om de skal omregulere eller det foreligger særlige grunner til å dispensere.⁹⁶

Etter formålsbestemmelsen i pbl. § 2, første ledd heter det at «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 sikre estetiske hensyn*». Ordlyden er vid, og den avskjærer ikke adgangen for å tillegge andre hensyn vekt, for eksempel lokal miljøforurensning, ved vurderingen av om de skal legge til rette for tiltaket. I motsetning til NVEs konsesjonsbehandling etter energiloven kan det imidlertid slutes at planmyndighetens interesseavveining ikke har noe energirettet hovedformål.⁹⁷

Hovedbetraktningen er at det ikke finnes rettslige hindringer i plan- og bygningslovens bestemmelser for at planmyndighetene trekker vindturbiner utenfor grunnlinjene, og et offshore kraftanlegg i sin helhet, inn i vurderingsgrunnlaget når de tar stilling til om arealene skal legges til rette for bygging av landbaserte transformatoranlegg og sjøkabler.

⁹⁶ Winge, s. 115.

⁹⁷ Jfr. omtalen av blant annet energilovens formålsbestemmelse ovenfor.

Planmyndigheten har en vid lovfestet skjønnsadgang til å unnlate å omregulere eller nekte å gi dispensasjon til disse nødvendige delene av et anlegg for utnyttelse av havvind dersom de mener de negative virkningene er for store. I realiteten kan lokale myndigheter benyttelse av denne nektelsesretten innebære at man hindrer en tiltakshaver å bygge ut offshore vindkraft utenfor grunnlinjene. Dersom det ikke finnes andre gode alternative løsninger, vil manglende tillatelse til å bygge nødvendige infrastruktur medfører at vindkraftanlegget aldri blir realisert.

Gjennom reglene om statlig arealplan i den nye plan- og bygningslovens § 6-4, tredje ledd modifiseres denne regelen sterkt. Når de nye planreglene trer i kraft vil OED få vid adgang til å fastlegge statlige arealplaner også i indre farvann dersom de anser det havbaserte vindkraftanlegget ønskelige ut ifra et nasjonalt ståsted.⁹⁸ Dersom lokale myndigheter ikke legger til rette for anlegget ved å nekte tilrettelegging for bygging av transformatorstasjoner, vil sentrale myndigheter vedta en direkte bindende statlig arealplan. Eventuelle innsigelser kommunen måtte ha mot tiltaket må derfor som hovedregel fremmes i konsesjonsbehandlingen etter energiloven.

3.4 Annet relevant lovverk

Energiloven og plan- og bygningsloven er ikke de eneste lovene som kan være funksjonelt og geografisk anvendelig på en utbygging av offshore vindkraft, eller mer bestemte sider av vindkraftanlegget. Dette er en følge av at vindkraftanleggene har en sammensatt karakter. Annet lovverk kan dermed gripe inn i og regulere enkelte virkninger av vindkraftanleggene. Det kan også stilles særskilte krav til dem ut ifra hensynet til å verne bestemte interesser. Dette punkt. 3.4 gjør rede for annet nasjonalt lovverk som er eller kan være relevant for utbygging av offshore vindkraft.

⁹⁸ Jfr. ovenfor i punkt 3.3.4.

3.4.1 Havne- og farvannsloven

Et forslag til ny Havne- og farvannslov ligger i disse dager til behandling i Stortinget. Loven er enda ikke vedtatt, så det er enda ikke klart hva slags innhold den vil få, og når den eventuelt vil tre i kraft.⁹⁹

Etter gjeldende havnl. § 2 gjelder loven i «norsk indre farvann og på norsk sjøterritorium ellers».¹⁰⁰ Ordlyden gjør det naturlig å forstå det slik at havne- og farvannsloven geografisk sett gjelder ut til territorialgrensen, men at den samtidig ikke omfatter den økonomiske sone. Denne tolkningen har støtte i forarbeidene. Det fremgår der at en positiv lovfesting av denne bestemmelsen bare var en videreføring av allerede gjeldende rett der territorialgrensen utgjorde den ytre grense for lovens anvendelsesområde.¹⁰¹

Dette innebærer at havne- og farvannsloven har et videre geografisk anvendelsesområde enn både energiloven og plan- og bygningsloven. Den sentrale forskjellen knytter seg til at sistnevnte lover bare gjelder ut til grunnlinjegrensen, mens havne- og farvannsloven som den klare regel også omfatter det utenforliggende sjøterritoriet.

I likhet med energiloven er havne- og farvannsloven bygget opp som en *konsesjonslov*. En rekke tiltak i sjøområdene innefor lovens stedlige anvendelsesområde krever særskilt tillatelse. Denne grunnleggende siden ved lovverket videreføres også i det forslaget Fiskeri og Kystdepartementet har fremlagt for Stortinget.¹⁰² Konsesjonskravet sikrer en offentlig forhåndskontroll med nærmere bestemte tiltak som ønskes gjennomført både i indre farvann og sjøterritoriet. Utenfor territorialgrensen, nærmere bestemt i den økonomiske sone, stiller loven ingen krav.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 75(2007-08) om lov om havner og farvann.

¹⁰⁰ Lov om havner og farvann m.v. av 8. juni 1984, nr. 51. Forslag til ny havne- og farvannslov ligger til behandling i Stortinget, men er enda ikke vedtatt.

¹⁰¹ Ot.prp. Nr. 3 (1983-84) s. 73.

¹⁰² Jfr. Ot.prp. Nr. 75 (2007-2008) s. 64

Havne- og farvannsloven gir flere hjemler for et konsesjonskrav avhengig av hva slags tiltak det dreier seg om, og hvilke interesser som berøres. I forhold til en utbygging av offshore vindkraft er det regelen i havnl. § 6, tredje ledd som er mest aktuell.¹⁰³ Av denne bestemmelsen fremgår det at «tiltak som kan føre til endring av elveløp, farled eller strømforhold eller innskrenkning av farvannet til hinder for ferdselen i dybde, bredde eller høyde, krever tillatelse av departementet».¹⁰⁴

Selve begrepet «tiltak» er ikke legaldefinert i loven. I praksis har man tolket dette vidt for å unngå at planer om å gjøre eller iverksette noe som potensielt kan medføre konflikt faller utenfor bestemmelsen. Varige konstruksjoner og anlegg har blitt ansett for å ligge i kjernen av begrepet.¹⁰⁵

Forarbeidene støtter en slik forståelse av tiltakstermen. Det fremgår der at «bestemmelsen gir hjemmel for å hindre at bl.a. oljetilknyttet virksomhet av midlertidig karakter volder forstyrrelser for ferdselen.»¹⁰⁶ I 1982, på den tiden denne loven ble utarbeidet, var ikke offshore vindkraft noe aktuelt tema. Men når man har ment at denne bestemmelsen skulle gi grunnlag for å hindre midlertidig forstyrrelser i ferdselen fra oljetilknyttet virksomheten, er det grunn til å forstå det slik at den også omfatter permanente sjøbaserte vindkraftanlegg som beslaglegger store arealer. Selv om det skulle være mulig å manøvrere fartøyer m.v. mellom vindturbinen, innskrenkes ferdselsmulighetene, og man får en økt risiko for kollisjonsulykker.

I begrunnelsene for konsesjon til Havsul I etter enl. § 3-1 fremgår det at et offshore vindkraftanlegg omfattes både saklig og funksjonelt av konsesjonskravet i havne- og farvannslovens § 6, tredje ledd. I egenskap av å

¹⁰³ Krav til konsesjon oppstilles også i havnl. § 8, annet og tredje ledd og i § 18, annet ledd.

¹⁰⁴ Etter havnl. § 6 er fiskeri- og kystdepartementets myndighet delegert til kystverket, jfr. havnl. § 4.

¹⁰⁵ Jfr. Ot.prp. Nr. 75 (2007-2008) s. 63

¹⁰⁶ Ot.prp. Nr. 3 (1983-84) s. 75.

være høringsinstans i konsesjonsspørsmålet etter energiloven forutsetter Kystverket midt-Norge at bygging av Havsul I krever en særskilt behandling etter havne- og farvannslovens regler. Bakgrunnen er at etablering av anlegget *kan* komme i konflikt med både ferdselen og sikkerheten til sjøs.¹⁰⁷ I forlengelsen av dette antar også NVE at en slik egen behandling etter havnl. § 6 vil være påkrevd i tillegg til deres vurdering etter enl. § 3-1.¹⁰⁸

Det kan derfor ikke være tvilsomt at bygging av offshore vindkraft i indre farvann eller sjøterritoriet som den klare regel er et slikt tiltak som kan krever konsesjon etter havnl. § 6, tredje ledd. Bestemmelsen sier imidlertid ingen ting om hva som skal til for at slik tillatelse gis. Etter ordlyden fremgår det bare at slike tiltak «krever tillatelse», men det stilles ikke opp lovfestede kriterier for den vurderingen som skal gjøres. På tilsvarende vis som regelen om anleggskonsesjon i enl. § 3-1 er denne avgjørelsen i det alt vesentligste lagt til forvaltningens skjønn.

Det må antas at formålsbestemmelsen i havnl. § 1 gir veiledning i den vurderingen havne- og farvannsmyndigheten må foreta når den avgjør om et offshore vindkraftanlegg skal få konsesjon. Etter havnl. § 1 skal loven «*legge forholdene til rette for en best mulig planlegging, utbygging og drift av havner og å trygge ferdselen*». Fra et overordnet perspektiv skal lovens bestemmelser bidra til en fornuftig forvaltning av kystsonen og farvann, herunder bruk av vannflaten, vannmassene og sjøgrunnen. En side ved dette er å legge forholdene til rette for samordning mellom annet lovverk, og derigjennom bidra til at det kan føres en helhetlig politikk som leder til en best mulig ressursutnyttelse.¹⁰⁹

Loven skal på den ene siden ivareta hensynet til planlegging, bygging og bruk av havner. Begrepet havn tolkes vidt, og det omfatter alle naturlige og

¹⁰⁷ Havsul, Konsesjonsvedtak s. 18.

¹⁰⁸ Havsul, Konsesjonsvedtak, s. 39.

¹⁰⁹ Ot.prp. Nr. 3 (1983-84) om lov om havner og farvann m.v., s. 73.

konstruerte havner uavhengig av størrelse, omfang, dybder og utstyr.¹¹⁰ Det vil dermed måtte være et moment i vurderingen om vindkraftanlegget er lokalisert på en slik måte at det kan komme i konflikt med påtenkte eller etablerte havner.

Videre skal loven ivareta hensynet til sikker ferdsel. Utbygging av offshore vindkraft vil nødvendigvis alltid innebære en viss økt risiko for kollisjoner. Det er imidlertid grunn til å anta at dette momentet kan slå særlig negativt ut dersom vindkraftanlegget lokaliseres på en slik måte at det griper inne i etablerte skipsleder og andre arealer som vanligvis brukes til gjennomfart. I disse tilfellene kan anlegget være forringe både sikkerheten, fremkommeligheten og den alminnelige ferdselen til sjøs.

I tillegg til denne formålsbestemmelsen fremgår det av forarbeidene at miljøhensyn kan tillegges vekt ved vurderingen av om en tillatelse etter havne- og farvannsloven skal gis.¹¹¹ Begrepet «miljøhensyn» sikter etter ordlyden til en vid kategori av ulike hensyn. På den ene siden skulle det kunne tas i betraktning at et offshore vindkraftanlegg produserer fornybar energi, og at det derigjennom bidrar i kampen mot global oppvarming. På den annen side kan det ikke utelukkes at et konkret anlegg kan ha negative virkninger for marine dyrearter, fisk og andre former for biologisk mangfold. Fraværet av klare konsesjonskriterier i havnl. § 6, tredje ledd, sett sammen med fremhevelse av miljøhensyn i forarbeidene, kan i hvert fall ikke avskjære forvaltningen fra å vektlegge slike hensyn i sin vurdering.

Når alt kommer til alt, er det likevel ikke tvilsomt at spørsmålet om konsesjon etter havne- og farvannsloven beror på forholdene i den enkelte sak. Politiske signaler og regjeringens instruksjonsmyndighet kan vise seg å være avgjørende for havne- og farvannsmyndighetens vurdering dersom de mottar en søknad om konsesjon til offshore vindkraftanlegg. I formell forstand åpner i hvert fall loven en vid hjemmel for offentlige myndigheter

¹¹⁰ Ot.prp. Nr. 3 (1983-84) s. 72.

¹¹¹ jfr. ot.prp. nr. 3 (1983-84). S. 76

til å gripe inn vindkrafttiltak dersom de anser de negative virkningene for store. Et slik rettsgrunnlag er særlig viktig å ha i territorialfarvannet utenfor grunnlinjene der verken energiloven eller plan- og bygningsloven kommer til anvendelse.

3.4.2 Kontinentalsokkelloven

Kontinentalsokkelloven har et *geografisk anvendelsesområde* som strekker seg fra indre farvann og ut til den ytre grensen av økonomisk sone eller ytterst del av kontinentalsokkelen avhengig av hvilke av disse to sistnevnte som ligger lengst ut, jfr. lovens § 1.¹¹² Stedlig sett omfatter den derfor de havområdene som kan være aktuelle for utbygging av offshore vindkraft.

I likhet med petroleumsloven har imidlertid kontinentalsokkelloven et *snevert funksjonelt anvendelsesområde*. Etter § 1 gjelder den vitenskapelig utforskning av havbunnen og grunnen under denne og undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumsforekomster.

Opprinnelig var kontinentalsokkelloven den eldste forløperen til petroleumsloven og omfattet også petroleumsforekomster. Dens betydning i praksis har imidlertid blitt vesentlig redusert ettersom petroleumsforekomster etter hvert har blitt regulert gjennom et særlig regelverk. Loven er i dag hensatt til regulering av *andre* undersjøiske naturforekomster enn petroleum.

Det følger av § 2 at retten til de undersjøiske naturforekomstene tilligger staten, og at private rettssubjekter på nærmere bestemte vilkår kan få tillatelse til å undersøke eller utnytte forekomstene. Kontinentalsokkelen oppstiller dermed også en form for konsesjonsrammeverk med grunnlag i at eiendomsretten over naturforekomstene er tillagt den norske stat.¹¹³ Dette gir

¹¹² Lov om undersjøiske naturforekomster av 21. juni 1963, nr. 12.

¹¹³ Sml. Petroleumslovens § 1-1.

rettslig grunnlag både til å hindre eller gripe inne i tiltakshaveres ønske om utnytte forekomstene.

Offshore vindkraft vil være avhengig av festepunkter ned i bunnen og havgrunnen uavhengig av om det er tale om flytende eller bunnfaste vindturbiner. Det interessante spørsmålet i denne sammenheng er om bruk av havbunnen til oppankring eller feste av vindturbiner er en utnyttelse av undersjøiske naturforekomster, jfr. kontinentalsokkeloven § 2. I så fall vil tiltakshaver som ønsker å bygge ut offshore vindkraft være avhengig av en tillatelse etter denne loven.

Begrepet «undersjøiske naturforekomster» er ikke definert i loven selv. *Ordlyden* er vid, og det er ikke uten videre klart hva som faller inn under den. Det som likevel sikkert at petroleumsforekomster ikke omfattes. Dette følger av lovens tittel sett sammen med lovens § 1 og den opplagte parallellen man har i petroleumsloven.

Forarbeidene gir lite veiledning.¹¹⁴ Loven ble utarbeidet med det formål å sikre den norske stat rett til petroleumsforekomstene når det ble vist utenlandsk interesse for disse på 60-tallet. Man har dermed ikke sett grunn til å gå nærmere inn på grensene for begrepet «undersjøiske naturforekomster». Like fullt er kontinentalsokkeloven beholdt etter innføring av petroleumslovgivningen.

Selv om spørsmålet fremstår tvilsomt, er det lite naturlig å se det slik at festing av en vindturbin i havbunnen er en utnyttelse av undersjøiske naturforekomster. Selve kjernen i offshore vindkraft er at man foretar en ressursutnyttelse av vinden som befinner seg over havflaten. Selv om man i denne forbindelse fester en vindturbin i havbunnen er det ikke nærliggende å forstå dette som at man derved utnytter en undersjøisk naturforekomst.

En slik forståelse støttes av konsesjonsvedtaket i Havsul I. Det er verken lagt til grunn at kontinentalsokkeloven omfatter vindkraftprosjektet eller på annen måte stiller noen krav til tiltaket.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 75 (1962-63) og Innst. O. nr. 159.

3.4.3 Lov om økonomisk sone og lov om sjøterritoriet

Det kan være naturlig å reise spørsmålet om Lov om Norges økonomiske sone og lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone griper inn i en utbygging av offshore vindkraft.¹¹⁵ Det ligger i navnet at disse to gir regler om sjøområdene som kan være aktuelle for utbygging av denne formen for energitiltak.

I motsetning til kontinentalsokkelloven er imidlertid disse to *ikke* bygget opp som konsesjonslover. De stiller ikke krav til tiltakshavere om at nærmere former for aktivitet krever en særskilt tillatelse. Det de derimot gjør, er å etablere det internrettslige lovgrunnlaget for at Norge har et sjøterritorium og en økonomisk sone. De presiserer også enkelte begrensninger som gjelder i disse områdene av hensyn til andre staters rettigheter i sjøområdene, miljøvern etc. jfr. for eksempel territorialfarvannslovens § 2, annet ledd og lov om den økonomiske sone § 2.

I medhold av disse to lovene kan Norge, innenfor folkerettens grenser, fastsette nærmere bestemmelser for territorialfarvannet og den økonomiske sone. For å illustrere dette kan det ses hen til lov om den økonomiske sone § 7, bokstav e. Her åpnes det en vid adgang for regjeringen til å gi nærmere forskrifter om «utforskning og utnyttning av sonen for andre økonomiske formål, herunder produksjon av energi». Per i dag er imidlertid ikke slike regler etablert, så disse lovverkene gir ingen aktuelle rettslige grunnlag for å gripe inn i og regulere tiltakshaveres utbygging av offshore vindkraft.

3.4.4 Petroleumsloven

Petroleumslovens stedlige anvendelsesområde følger grensene for norsk jurisdiksjon, jfr. petrl. § 1-4, første ledd.¹¹⁶ På bakgrunn av dette er den

¹¹⁵ Lov om Norges økonomiske sone av 17. desember 1976. Nr. 91. Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003, nr. 57.

¹¹⁶ Lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996, nr. 72

geografisk anvendelig både i indre farvann, sjøterritoriet, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen.

Dette innebærer imidlertid ikke uten videre at dette konsesjonsrammeverket regulerer utbygging og drift av offshore vindkraft i disse havområdene. Problemet knytter seg til petroleumslovens *funksjonelle* anvendelsesområde. Etter petrl. § 1-4, første ledd gjelder loven «petroleumsvirksomhet knyttet til undersjøiske petroleumsforekomster». Etter ordlyden stiller dette tilsynelatende opp både krav til type virksomhet og denne virksomhetens tilknytning til nærmere bestemte former for naturressurser.

Begrepet «petroleumsvirksomhet» legaldefineres i petrl. § 1-6 c). Etter denne bestemmelsen omfattes «*all virksomhet knyttet til undersjøiske petroleumsforekomster*». Herunder nevnes undersøkelse, leteboring, utvinning, transport, utnyttelse og avslutning samt planlegging av slike aktiviteter. Transport av petroleum i bulk med skip er på sin side unntatt.

I utgangspunktet fremstår denne formuleringen vid. Det er ikke grunn til å tvile på at produksjon av strøm med hjelp av vindturbiner er en form for virksomhet. Problemet er om vindkraftproduksjon har tilstrekkelig *tilknytning* til de undersjøiske petroleumsforekomstene olje og gass.

Et vindkraftanlegg som fører sin produserte strøm inn til land for å mate den inn på distribusjonsnettet faller klart utenfor anvendelsesområdet til petroleumsloven og dermed også dens konsesjonsregler. I disse tilfellene er det ingen form for sammenheng mellom produksjonen av strøm og utvinningen av petroleumsforekomster. Det samme gjelder der strømmen ledes direkte til et annen land.

Det interessante spørsmålet som kan reises er om petroleumsloven likevel omfatter bygging av et vindkraftanlegg som helt eller delvis skal brukes til å elektrifisere en installasjon som utvinner petroleum. Bakgrunnen må i så tilfelle være at denne elektrifiseringen, for eksempel av en oljeplattform, utgjør en så nødvendig forutsetning for petroleumsutvinningen at den bør anses som en del av den.

Det fremgår av forarbeidene til petrl. § 1-6 c) at de eksemplene som nevnes der ikke er uttømmende. Begrepet «petroleumsvirksomhet» omfatter både den sentrale delen og den tilsluttede delen av virksomheten.¹¹⁷ Det er naturlig å forstå dette slik at det også omfatter de anlegg som sørger for at petroleumsinstallasjonene får strøm. Det er ikke grunnlag for å anta at det skulle gjelde noe unntak fra dette der strømmen skriver seg fra et vindkraftanlegg i stedet fra de gassanlegg som vanligvis benyttes.

I kommentarene til den gamle petroleumsløven¹¹⁸ fremholdes det at spørsmålet om hva som omfattes av petroleumsvirksomhetsbegrepet må vurderes konkret. I denne sammenheng fremholdes det at « utgangspunktet må være at den virksomhet som er en forutsetning for eller en naturlig følge av den sentrale virksomheten omfattes av begrepet petroleumsvirksomhet og derfor av loven». ¹¹⁹ I den grad forståelsen av den gamle petroleumsløven gir veiledning for gjeldende petrl. § 1-6 c) skulle dette tilsi at et offshore vindkraftanlegg kan omfattes av petroleumsløvens saklige virkeområde.

Spørsmålet har enda ikke vært aktuelt, og det er vanskelig å gi noe generelt svar i den ene eller annen retning. Men dersom det er slik, hensett til de konkrete omstendigheter, at man kan anse bygging av offshore vindkraft som en del av petroleumsvirksomheten som reguleres av petroleumsløven, løser man flere problemer. Petroleumsløven stiller opp et omfattende konsesjonsrammeverk for utvinning av petroleum ikke kan drives uten omfattende vurderinger og flere ulike tillatelser. Offentlige myndigheter ville dermed oppnådd klart rettslig grunnlag for både å gripe inn i og nærmere regulere byggingen av offshore vindkraft både i sjøterritoriet og i den økonomiske sone.

¹¹⁷ Ot.prp. Nr 43 (1995-96) om lov om petroleumsvirksomhet, s. 29

¹¹⁸ Lov om petroleumsvirksomhet av 22. mars nr. 11 1985.

¹¹⁹ Petroleumsløven med kommentarer av Lasse Hagen, Ulf Hammer, Thomas Grung Michelet og Trond Stang, s. 37.

3.4.5 Forurensningsloven

Forurensningsloven har som formål å verne det ytre miljø mot forurensning og redusere allerede eksisterende forurensning, jfr. forurl. § 1.¹²⁰ Loven sikrer dermed rettslig vern av en allmenn interesse, nærmere bestemt interessen i et godt naturmiljø og en forsvarlig miljøkvalitet.

Det fremgår av forarbeidene til loven at den først og fremst er utformet med sikte på landbasert virksomhet og forurensning tilknyttet denne.¹²¹ På bakgrunn av bestemmelsen i forurl. § 3, annet ledd, nr. 3 kommer loven likevel til anvendelse på innretninger som befinner seg i den økonomiske sone. En naturlig slutning fra mer til mindre innebærer at dette må forstås slik at den også kommer til anvendelse på innretninger i havområder innenfor den økonomiske sone, nærmere bestemt i sjøterritoriet og i indre farvann.

Etter ordlyden favner begrepet «innretninger» vidt. Den nærliggende forståelsen er at det omfatter både bunnfaste og flytende vindturbiner. Verken lovteksten eller andre rettskilder gir holdepunkter for en annen tolkning. Det må derfor konkluderes med at forurensningsloven omfatter forurensning fra vindturbiner både i indre farvann, sjøterritoriet og den økonomiske sone.

Forurensningsbegrepet legaldefineres i forurl. § 6. Etter denne bestemmelsens første ledd nr. 2 omfatter loven blant annet *støy*. Dette innebærer likevel ikke at enhver form for lyd faller inn under begrepet forurensning. I denne forbindelse oppstilles det vilkår. For det første må støyen føre til forstyrrelse i en resipient (luft, vann eller grunn). Det er den uønskede tilstanden i denne resipienten forurensningsbegrepet sikter til, og ikke i seg selv en menneskelig handling eller unnløstelse.¹²² Derneft må denne tilstanden kunne føre til skade eller ulempe for miljøet. Sistnevnte

¹²⁰ Forurensningsloven av 13.mars 1982, Nr. 6

¹²¹ Ot.prp. Nr. 11 1979-80, s. 89-90.

¹²² Ot.prp. Nr. 11 (1979-80), s. 93.

innebærer at miljøet utsettes for en påvirkning slik at det ikke kan brukes på samme måte som før enten det er mennesker, dyr eller planter som blir skadelidende.¹²³

Etter hovedregelen i forurl. § 7 må ingen «ha, gjøre eller sette i verk noe som kan medføre fare for forurensning». Den vide formuleringen «gjøre eller sette i verk noe» dekker enhver aktiv handling. Det oppstilles dermed et generelt forbud mot å forurense, og denne regelen suppleres av forurl. § 7, annet ledd som oppstiller en plikt til å hindre at forurensning inntreffer.

Dette forbudet gjelder såfremt forurensningen ikke er unntatt etter bestemmelsen i forurl. §§ 8 og 9 eller forurensningsmyndighetene har gitt en særskilt utslippstillatelse til virksomheten etter forurl. § 11. Sett i sammenheng gir disse bestemmelsene dermed offentlig myndigheter klart rettslig grunnlag for å gripe inn i ulike aktiviteter både i indre farvann, territorialfarvannet og den økonomiske sone dersom den negative miljøeffekten er for stor. De har også mulighet til å gi aktiviteten tillatelse på nærmere bestemte vilkår.

Det første spørsmålet som kan reises er om støyen fra et vindkraftanleggs roterende «vinger (aerodynamisk støy) eller fra turbinens motoraggregat(mekanisk støy) kan er av et slikt omfang at den er forbudt etter forurl. § 6 og dermed krever en særskilt tillatelse etter forurl. § 11.

Dette spørsmålet har ikke noe generelt svar. Vurderingen må bero på støynivået fra det aktuelle anlegget og hvilken negative virkninger i form av skade eller ulempe denne medfører for nærmiljøet, herunder menneskene som bor eller tidvis oppholder seg i nærheten av kraftanlegget. Det finnes med andre ord en nedre grense for hvilken støy som kan karakteriseres for forurensning etter forurl. § 6 og dermed er avhengig av en utslippstillatelse etter forurl. § 11.

I saker om vindkraftanlegg innenfor grunnlinjene er støyvirkninger en av de konsekvensene som utredes etter konsekvensutredningsbestemmelsen i

¹²³ Ot.prp. Nr. 11 (1979-80), s. 95.

plan- og bygningslovens kapittel VII-a. som vedlegges en søknad om anleggskonsesjon etter energiloven, jfr. enl. § 2-1. I praksis blir disse opplysningene forelagt forurensningsmyndighetene som må ta stilling til om støyen er av et slikt omfang at den krever særskilt behandling etter forurensningslovens regler.

Etter gjeldende retningslinjer vil det normalt ikke stilles krav om en særskilt utslippstillatelse etter forurl. § 11 dersom lyden fra et vindkraftanlegg gir et støynivå på under Lden 45 db i bolig eller hytteområder.¹²⁴ Disse retningslinjene er imidlertid ikke rettslig bindende for forurensningsmyndighetene eller tiltakshaver, og grenseverdiene gir ikke uttrykk for annet enn anbefalninger.

Spørsmålet er berørt i forbindelse med begrunnelsen for konsesjon til det offshore vindkraftanlegget Havsul I. Dette prosjektet befinner seg relativt nærme land, og støyen ved nærmeste bolig er beregnet til ca Lden 45 dB. NVE mener for sin del at selv om støyen befinner seg i grensen for anbefalt nivå, kan den aksepteres innenfor rammene av deres konsesjonsvurdering etter enl. § 3-1. Møre og Romsdal fylke som kompetent forurensningsmyndighet etter forurensningsloven har i denne forbindelse avgitt merknader til både meldingen, konsekvensutredningen og konsesjonssøknaden. Det fremgår av begrunnelsene for vedtaket at disse har gitt signaler på at Havsul I *ikke* vil kreve noen særskilt behandling etter forurensningsloven.

På denne bakgrunn bør det kunne utledes at forurensningsloven bare unntaksvis vil stille krav til en særskilt behandling av støyen fra et offshore vindkraftanlegg. For Havsul I ble dette lagt til grunn for et vindkraftanlegg som befinner seg omtrent ved grunnlinjegrensen. Man kan dermed tenke seg at forurensningslovens bestemmelser er mindre aktuelle for vindkraftanlegg som er planlagt lenger ut fra land, for eksempel i sjøterritoriet og den

¹²⁴ Retningslinje for behandling av støy i arealplanlegging T-1442(2005), s. 8.

økonomiske sone. Motsatt kan det stille seg annerledes dersom anlegget befinner seg nærmere kysten i de indre farvann.

Dersom støyen i det konkrete tilfellet medfører skade, ulempe eller andre negative virkninger for mennesker eller miljø slik at det er nødvendig med en egen behandling etter forurensingsloven, kan forurensningsmyndighetene nekte eller tillate bygging av det havbaserte vindkraftanlegget. I forurl. § 11, første ledd heter det at «forurensningsmyndigheten kan etter søknad gi tillatelse til virksomhet som kan medføre forurensning». Dette suppleres av bestemmelsens femte ledd der det gis nærmere lovfestede kriterier for denne tillatelsesvurderingen. I vurderingen «skal det legges vekt på de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre». Etter ordlyden legges det dermed opp til en forholdsmessighetsvurdering. Forurensningshensyn skal tillegges stor vekt, men samtidig veies opp mot andre fordeler og ulemper av tiltaket.¹²⁵ Det favner vidt og åpner for en bred vurdering med et betydelig innslag av forvaltningsmessig skjønn.

På den ene siden må den konkrete støyen fra vindkraftanlegget vurderes. Det må foretas en vurdering av hvilke virkninger denne vil ha for miljøet og nærområdet, ikke bare nå, men også i fremtiden.¹²⁶ På samme tid må også andre positive og negative effekter av tiltaket trekkes inn. Klimahensyn, nemlig det faktum at vindkraftanlegget produserer fornybare energi, kan komme inn å tilsi at tillatelse til tiltaket gis. Det samme kan gjelde andre fordeler av tiltaket slik som økt energiproduksjon, økt sysselsetting m.v. Her som i de øvrige konsesjonsvurderingene som er omtalt ovenfor er det vanskelig å si noe generelt om hvilket moment som tillegges avgjørende vekt i det enkelte tilfellet. Det er heller ikke tvilsomt at forurensningsmyndighetens vurdering kan farges av politiske signaler fra regjeringen. Aktualiteten av globale miljøhensyn og kampen mot global

¹²⁵ Ot.prp. Nr. 11 (1978-79) om lov om vern mot forurensninger og om avfall, s. 111.

¹²⁶ Ot.prp. Nr. 11 (1978-79) om lov om vern mot forurensninger og om avfall, s. 111.

oppvarming kan innebære at det skal et relativt høyt støynivå til før utslippstillatelse nektes etter forurl. § 11.

3.5 En helhetlig vurdering av det nasjonale rammeverket

Fremstillingen ovenfor illustrerer at det nasjonale regelverket for etablering av offshore vindkraft ikke kan anses tilfredsstillende. Det gir en svært mangelfull regulering av bygging av havbasert vindkraft i flere av havsonene som kan være aktuelle for utbygging. Om det i det hele tatt kan sies å foreligge et anvendelig norsk lovverk beror i stor grad på om vindkraftanlegget tilfeldigvis planlegges innenfor eller utenfor de norske grunnlinjene.

En hovedkonklusjon er at det regelverket som gjelder for vindkraft på land også er geografisk og funksjonelt anvendelig for bygging av vindkraft i indre farvann. Innenfor grunnlinjegrensen kommer både konsesjonsrammeverket i energiloven og planbestemmelsen i plan- og bygningsloven til anvendelse. I tillegg gjelder havne- og farvannsloven.

Dette innebærer at en byggetillatelse for offshore vindkraft innenfor grunnlinjene forutsetter omfattende vurderinger og tillatelser fra flere myndigheter etter flere ulike lovverk. For det første kreves det at NVE gir anleggskonsesjon etter enl. § 3-1. Slik konsesjon gis på bakgrunn av vurdering som først og fremst vektlegger samfunnsmessig rasjonalitet, men som også ser hen til allmenne og private interesser. For det andre kreves det at havne- og farvannsmyndigheten gir konsesjon etter havnl. § 6, tredje ledd. Slik tillatelse kan gis på bakgrunn av en helhetlig vurdering der fordeler ved anlegget måles opp mot ulempene anlegget medfører for havner, sikker ferdsel og miljøet. For det tredje må lokale planmyndigheter som regel legge til rette for tiltaket gjennom å gjøre endringer i gjeldende planer eller dispensere fra gjeldende planer. Spørsmålet om planrevisjon skal foretas er en bred og sektorovergripende vurdering der det ses hen til alle interesser som gjør seg gjeldende ved bruk av arealene. Betydning av

planavklaringskravet modifiseres sterkt ved ikrafttredelse av de nye planbestemmelsene i 2009.

I samvirke sikrer disse lovene at spørsmålet om et offshore vindkraftanlegg skal bygges ut i indre farvann underlegges omfattende vurderinger fra både sentrale og lokale myndigheter sin side. Det er imidlertid et gjennomgående trekk at vurderingen av om tillatelse til tiltaket skal gis i vesentlig grad beror på de respektive sektormyndigheters konkrete skjønn. Mangelen på klare kriterier for når tillatelse skal gis medfører lite forutberegnelighet for tiltakshaver og andre berørte interesser for spørsmålet om et planlagt tiltak vil oppnå alle de nødvendige tillatelser for realisasjon. Det vide skjønnsrommet innebærer likevel at de kompetente myndigheter har vide rammer for å vurdere fordelene og ulempene ved et tiltak og om de hensett til disse bør gjennomføres.

For sjøterritoriets vedkommende er konklusjonen at regelverket er mangelfullt. Verken energiloven eller plan- og bygningsloven kommer til anvendelse og stiller opp direkte anvendelige materielle eller prosessuelle krav til bygging av offshore vindkraft. En vesentlig virkning av dette er at disse lovene ikke gir rettslig grunnlag for gripe inn i tiltakshavers planer om å bygge vindkraft med mindre deler av anlegget ligger innenfor eller krysser grunnlinjene. De gir heller ikke grunnlag for å oppstille vilkår om at virkningene av planer eller konkrete tiltak om vindkraft i sjøterritoriet skal konsekvensutredes.

Det er i tillegg svært tvilsomt om forurensningsloven kan gi rettsgrunnlag for å hindre anlegget. De beste grunner taler for at støyen fra et vindkraftanlegg lokalisert så langt fra land ikke har et slikt nivå at den krever utslippstillatelse etter forurl. § 11.

Havne- og farvannsloven kommer likevel til anvendelse. Dennes § 6, tredje ledd gir det nødvendige rettslige grunnlag for å nekte tiltakshavere å bygge et offshore vindkraftanlegg dersom konfliktene med havner, sjøsikkerhet eller miljø er for store. I mangel av annet anvendelig lovverk, er det derfor denne loven som sikrer at offentlige myndigheter innehar en viss styring og kontroll.

I den økonomiske sone må konklusjonen være at det nasjonale regelverket for bygging av offshore vindkraft er svært mangelfullt eller nærmest fraværende. I denne sammenheng står man overfor en rettslig regulering, eller snarere fravær av rettslig regulering, som gir grunnlag for å bruke begreper som «lovtomt» område.

Det er klart at verken energiloven, plan- og bygningsloven, havne- og farvannsloven kommer til anvendelse og regulerer bygging av offshore vindkraft i dette området. Det er heller ikke godtgjort rettskildemessig grunnlag for at forurensningsloven eller kontinentalsokkelloven gir hjemmel for å nekte tiltakshaver å iverksette bygging av vindturbiner. Petroleumsloven kan antakelig komme til anvendelse der vindkraftanlegget benyttes til å elektrifisere petroleumsinstallasjoner og på denne måten utgjør en integrert del av petroleumsvirksomheten.

I realiteten innebærer dette at det norske lovverket per i dag ikke stiller et krav om konsesjon eller annen offentlig tillatelse for utbygging av vindkraft i den økonomiske sone såfremt ingen deler av vindkraftanlegget griper inn i sjøterritoriet eller krysser/ligger innenfor grunnlinjene eller vindkraftanlegget kan anses som en del av petroleumsvirksomheten. Selv om det kanskje ikke er annet enn en teoretisk mulighet, skulle dette innebære at et offshore vindkraftanlegg fritt kan bygges i den økonomiske sone, uavhengig av norske konsesjonsregler, dersom anlegget leder den produserte strømmen direkte til et annet land. Dette innebærer i så fall at norske myndigheter ikke kan stille noen betingelser til anlegget, verken med hensyn om anlegget kan bygges eller på hvilke vilkår. I så tilfelle finnes det ikke grunnlag for å utøve offentlig kontroll med at anlegget etableres under hensyntaken til andre og konkurrerende interesser eller på en måte som ikke medfører for store negative konsekvenser for miljøet. I disse tilfellene er det med andre ord fritt fram og førstemann til mølla.

4 Folkerettslig rammeverk

4.1 Innledning

Grunnen til at det både er nødvendig og hensiktsmessig å trekke opp de folkerettslige rammene for bygging av offshore vindkraft i denne avhandlingen er sammensatt.

Det er opplagt av interesse å klargjøre hva slags mellomstatlig grunnlag den norske stat har for faktisk utnyttelse og regulering av vindressursene som befinner seg i havet utenfor det norske fastlandet. Dette gjelder særlig i de havområder som ligger utenfor den norske territorialgrensen. Det er ikke uten videre gitt at den norske stat, i sitt forhold til andre stater, har noen rett til å la oppføre slike installasjoner og underlegge dem norsk lovgivning i disse områdene. Også i de havområdene som tradisjonelt anses for å være omfattet av norsk suverenitet kan det oppstå spørsmål. Foreligger det for eksempel folkerettslige skranker i disse områdene som kan ha betydning for offshore vindkraft?

Som det fremgår ovenfor av kapittel 3 er den nasjonale rettstilstanden for etablering av offshore vindkraftanlegg utenfor grunnlinjene både ufullstendig og uklar. En naturlig konsekvens av dette er at det er nærliggende å tro at lovgiver i nær fremtid ser seg nødt til å vedta et nytt og helhetlig lovverk som regulerer denne formen for energiltak i alle aktuelle havsoner.

Uten at dette ble nærmere vurdert ovenfor under kapittel 3, kan uklarheten i gjeldende regelverk tilsi at internasjonale rettskilder bør tillegges en mer betydningsfull rolle som premissleverandør ved fastleggelse og anvendelse av de gjeldende reglene for bygging av offshore vindkraft de lege lata.¹²⁷

¹²⁷ Eckhoff, Rettskildelære, s. 310 flg. Det konkluderes med at ikke-gjennomført folkerett bør gis stor gjennomslagskraft der man mangler gode holdepunkter i andre rettskilder.

Dessuten vil disse eksisterende folkerettslige forpliktelsene Norge har påtatt seg utgjøre skranker i lovgivers handlefrihet når man kommer til det punkt at et nytt regelverk skal utformes.¹²⁸

Internasjonale rettskildefaktorens betydning i norsk rett er drøftet både i teori og praksis. Det klare utgangspunktet er at folkerettens relevans og vekt i norsk rett beror på våre interne rettskilderegler.¹²⁹ I denne sammenheng er det et grunnleggende prinsipp at forholdet mellom intern rett og folkeretten er dualistisk.¹³⁰ Dette innebærer en tankegang om at norsk rett og folkeretten utgjør to separate rettsystemer som lever hvert sitt liv gjensidig uavhengig av hverandre. Fra dette utledes det en regel om at internasjonale forpliktelsers virkning i norsk rett hviler på en forutsetning om at de er *gjennomført ved en intern rettsakt*.

Dette innebærer at folkeretten ikke uten videre er norsk lov. I kollisjonstilfelle, der den internasjonale regelen ikke er gjennomført i norsk rett, går prinsipielt den norske reglen foran.¹³¹ Dette er lagt til grunn i flere Høyesterettsavgjørelser, blant annet Rt. 1957 s. 942.¹³² Etter andre verdenskrig inneholdt norsk rett en regel om at all tysk eidendom, også den som tilhørte «uskyldige» privatpersoner, skulle tilfalle den norske stat, og det ble hevdet at dette var folkerettsstridig. Dette førte ikke frem, og Høyesterett anvendte den norske loven etter dennes ordlyd og i samsvar med dens intensjoner.

Folkerett som ikke er uttrykkelig gjennomført i norsk rett, men som er ratifisert, kan likevel påvirke norsk rett på flere måter. For det første kan ratifikasjon av mellomstatlige konvensjoner kunne tolkes som en *instruks* til forvaltningen og dens myndighetsutøvelse i enkeltsaker. For det andre har

¹²⁸ Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 10. utgave, s. 241.

¹²⁹ Fleischer, Folkerett, s. 358.

¹³⁰ Eckhoff, Rettskildelære, s. 301.

¹³¹ Fleischer, folkerett, s. 359.

¹³² Dette synet ble senere bekreftet i OFS-dommen inntatt i Rt. 1997. S. 580.

Høyesterett gjennom det såkalte *presumsjonsprinsippet* vist at ratifisert folkerett kan anvendes som en relevant rettskildefaktor ved tolknings- og subsumsjonstil uavhengig av en konkret gjennomføringsakt.¹³³ For det tredje oppstiller ratifisert folkerett en *ramme for lovgivers handlefrihet* når de skal vedta ny lovgivning. Sistnevnte har sammenheng med den retten regjering/Storting har i medhold av Grunnlovens §§ 26 og 93 til å forplikte staten utad gjennom overenskomst. Vedtakelse av ny lovgivning i strid med ratifisert folkerett medfører ikke uten videre at loven er internrettslig ugyldig. Både sanksjonssystemet, ugyldighetsregler m.v. er svakt utbygd i folkeretten.¹³⁴ Poenget at den norske stat sjelden vil se seg tjent med gi lover som strider mot folkeretten. Det er dermed ikke først og fremst rettslige, men andre og ofte politiske grunner som sørger for at den mellomstatlige retten i det store og det hele blir overholdt i praksis.¹³⁵

Man kan dermed ta utgangspunkt i at folkeretten stiller en form for *ytre mellomstatlig rammeverk* for både eksisterende og kommende nasjonale regler for bygging av offshore vindkraft. Den sentrale folkerettslige rettskildefaktoren som omhandler rettigheter og plikter til havs er *FNs havrettstraktat*.¹³⁶

Mellomstatlige rettsforhold i sjøen reguleres likevel ikke uttømmende av denne konvensjonens bestemmelser. En presis eller fullstendig fastlegging av rettstilstanden kan i det enkelte tilfellet nødvendiggjøre at man supplerer

¹³³ Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, s. 32. Her antydes det langt på vei at presumsjonsprinsippet utvisker mye av betydningen av dualismep prinsippet og at det skal «sterke grunner» til for å gå ut ifra at norsk lovgivning har søkt å sette seg ut over folkeretten. Det konkluderes med at det neppe har stor praktisk betydning for den generelle folkerett sitt vedkommende om en hevder det tradisjonelle dualistiske system, eller om en anser folkeretten direkte som en del av norsk rett.

¹³⁴ Fleischer, s. 24.

¹³⁵ Ruud og Ulfstein, s. 20.

¹³⁶ FNs havrettskonvensjon av 10. desember 1982.

disse konvensjonsbestemmelsene med andre internasjonale rettskilder.¹³⁷ Det vil da i første rekke dreie seg om alminnelige folkerettslige sedvaneregler, mer spesielle bi - eller multilaterale konvensjoner og relevante domstolsavgjørelser.¹³⁸ Den folkerettslige metoden har dermed likhetstrekk med den rettskildelæren vi kjenner fra intern norsk rett.

Havrettstraktatens bestemmelser er et utslag av de underliggende og motstridende interesser. På den ene siden forutsettes det, og stedvis også uttrykkes eksplisitt, at kyststaten har en mellomstatlig rett til å utnytte ressursene også i havområder utenfor sitt fastlandsterritorium. En slik løsning kan utløse samfunnsmessige positive virkninger for kystnære stater i form av energiproduksjon, sysselsetting etc. Kyststatsrådighet kan likevel komme i et motsetningsforhold til andre legitime interesser i havområdene. Andre stater har behov for å bedrive ulike aktiviteter, for eksempel skipsfart. Dessuten er det ikke likegyldig hvordan havet forvaltes. En rekke globale, regionale og lokale miljøhensyn gjør seg gjeldende og må ivaretas innenfor de rammene havrettstraktaten stiller opp. Den norske stats utnyttelse og regulering av offshore vindkraft må derfor ivareta hensynet til andre staters rettigheter og miljøet i vid forstand. Gjennom havrettstraktaten har statene søkt å sikre ivaretagelse av interessemotsetningene gjennom to ulike systemer.

For det første avveies kyststatens rettigheter og plikter i forhold til andre staters rett til ulike aktiviteter i de enkelte havsoneinndelingene konvensjonen bygger på.

I denne sammenheng står man overfor to grunnleggende prinsipper som utgjør hver sin ytterkant. På den ene siden har man kysstatens fullstendige suverenitet, som tradisjonelt bare omfattet landterritoriet, men som siden har

¹³⁷ Bugge, s. 48, i petit under punkt 3.3.1.

¹³⁸ En generell fremstilling av folkerettens kilder og metode finnes i Fleischer, Folkerett, § 2.

blitt noe utvidet utover i havet.¹³⁹ På motsatt side har man prinsippet om det åpne havs frihet som har opplevd en gradvis uthuling ved at de geografiske grensene for når reglene gjelder, stadig er skjøvet lenger ut fra land.¹⁴⁰ Havrettstraktatens bruk av nærmere definerte soner gir uttrykk for mellomløsninger av disse to motsetningene gjennom konkrete regler for henholdsvis kyststatens og andre staters rettigheter og plikter i den enkelte havsone. Det generelle trekket er at kyststatens rettigheter i forhold til andre stater reduseres gradvis ettersom man beveger seg bort fra førstnevntes fastlandsområder.

For det andre har man regler for vern og bevaring av det marine miljø inntatt i en egen del XII i havrettstraktaten. Dette er generelle bestemmelser, og de kommer til anvendelse uavhengig av hvilken havsone man opererer i.¹⁴¹ Dette illustrerer at havmiljøet er en interesse som skal ivaretas i seg selv uavhengig av hvor i havet man befinner seg og hvilken aktivitet man bedriver. I tillegg suppleres dette generelle kapittelet av miljøregler knyttet til den enkelte havsone. Hvorvidt hensynet til miljøet i tilstrekkelig grad er ivaretatt etter havrettskonvensjonen, må dermed vurderes på bakgrunn av både de generelle og mer spesielle reglene sett i sammenheng. I tillegg foreligger det en rekke miljøforpliktelser inntatt i særskilte miljøkonvensjoner eller som en del av EØS-avtalen.

4.2 Utnyttelses- og reguleringsrett til vindforekomstene

Ètt grunnleggende spørsmål bør vurderes før man bygger ut vindturbiner i havområdene utenfor norskekysten. Hvilken rett har den norske stat til å benytte vind utenfor det norske fastlandet til kraftproduksjon?

¹³⁹ Fleischer, Folkerett, s. 24 flg. redegjør for hvordan suvereniteten gjelder på landterritoriet og delvis utover i statens tilstøtende havområder.

¹⁴⁰ Fleischer, Folkerett, § 15, s. 142 flg.

¹⁴¹ Veronica Frank, *The european community and marine environmental protection in the international law of the sea*, s. 19.

Spørsmålet er mer sammensatt enn man umiddelbart for inntrykk av. Det er ikke tilstrekkelig å ha rett til å utnytte selve naturressursen vind dersom man ikke samtidig har rett til å bygge nødvendig installasjoner og infrastruktur man er avhengig av for å gjennomføre kraftproduksjonen. Dertil kommer det at det kan være problematisk å ha rett til både naturressursen og til å etablere nødvendige kraftanlegg dersom ikke det hele kan underlegges norsk statlig styring og kontroll gjennom nasjonal lovgivning. I realiteten er dermed statene som ønsker å legge til rette for offshore vindkraftproduksjon avhengig av et sett av ulike folkerettslige rettigheter. Man må ha rett til å utnytte vindressursen ved hjelp av vindturbiner m.v., dessuten må det være grunnlag for å underlegge kraftproduksjonen nasjonal jurisdiksjon dersom næringen skal kunne styres og kontrolleres på en fornuftig måte.

4.2.1 Suverenitet over vindressursene innenfor territorialgrensen

Det alminnelige suverenitetsprinsippet¹⁴² innebærer et generelt utgangspunkt om at ingen stater kan underkastes noen annen vilje enn sin egen. Den enkelte stat har dermed en full lovgivnings- doms- og tvangsmyndighet. En side ved dette er at det kan utledes en regel om at statene har suverene rettigheter til å utnytte naturressursene på sitt eget *territorium*.¹⁴³ Det ligger som en så selvsagt folkerettslig forutsetning bak for eksempel gjeldende energilov som regulerer vindkraft på land, at man ikke har ansett det nødvendig å nevne det i loven, forarbeider eller andre steder.

Såfremt man kan fastslå at den norske stat har folkerettslig suverenitet over vindressursene i bestemte områder, avklarer dette dermed langt på vei rettighetene og pliktene i forhold til andre stater. Suvereniteten omfatter som

¹⁴² Ruud og Ulfstein, s. 21 flg. og Fleischer, s. 24-25.

¹⁴³ Bugge, s. 45 flg. Se også i Sustainable Development in International and National law, Editet by Bugge & Voigt, artikkel av Kars de Graaf, s. 575.

hovedregel både en rett til *faktisk utnyttelse* av vindressursene og en rett til å *gi nærmere lovregler* om hvordan, eventuelt på hvilke vilkår, denne utnyttelsen kan skje.¹⁴⁴ Dersom det først kan fastlegges at et havområde ligger innenfor den norske territorialgrense, og at det dermed er underlagt norsk suverenitet, er dermed den norske stats rettighetsforhold til bygging av vindkraften mer eller mindre avklart.

Havrettstraktatens artikkel 2 angir hvilke områder folkeretten anerkjenner som en del av en stats suverenitet. Det fremgår uttrykkelig av konvensjonsteksten at kyststatens alminnelige suverenitet omfatter landterritoriet, indre farvann og det tilstøtende sjøbelte omtalt som sjøterritoriet.

Internasjonal rett definerer begrepet «indre farvann» som det havområdet som befinner seg mellom fastlandskysten og grunnlinjene, jfr. havrettstraktatens artikkel 8. Norge har gjennomført en tilsvarende regulering nasjonalt gjennom vedtakelse av territorialfarvannslovens § 3.¹⁴⁵ Bredden på dette havbelte beror dermed på hvor grunnlinjene går.

Havrettstraktatens artikler 5-7 angir nærmere regler for hvordan den enkelte stat kan fastlegge sine grunnlinjer. Innenfor rammene av dette har Norge vedtatt forskrift om grunnlinjene for sjøterritoriet rundt fastlands-Norge med hjemmel i territorialfarvannsloven § 1, tredje ledd.¹⁴⁶ Etter dette er grunnlinjene trukket som rette linjer mellom de ytterste punkter av kysten og kystnære øyer.¹⁴⁷

¹⁴⁴ At suverenitetsprinsippet har et slikt innhold er forutsatt i forhold til offshore vindkraft i alle de land det er naturlig for Norge å sammenligne seg med. Se i denne sammenheng blant annet, Martha M. Roggenkamp og Ulf Hammer, *European Energy law Report I*, s. 105(Nederland), s. 120(UK), s. 137(Danmark), s. 150(Tyskland).

¹⁴⁵ Lov om territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003, nr. 57.

¹⁴⁶ Forskrift om grunnlinjene for sjøterritoriet rundt Fastlands – Norge, FOR 2002 – 06 – 14 nr 625.

¹⁴⁷ Fleischer, s. 115 flg.

I medhold av havrettstraktatens artikkel 3 har en kyststat i tillegg folkerettslig adgang til å opprette et «sjøterritorium» på inntil 12 nautiske mil målt fra grunnlinjene. Norge har hevdet en slik 12-mils sone, og i norsk rett kommer denne til uttrykk i territorialfarvanslovens § 2, første ledd.

Den folkerettslig anerkjente og prinsipielle tankegangen, er at disse to havsonene bare utgjør en del av kyststatens landterritorium.¹⁴⁸ Under forutsetning av at kyststaten fremmer krav om det, innrømmes kyststaten en utvidelse av den generelle suverenitet den har på land ut til en grense som kan ligge inntil 12 nautiske mil utenfor grunnlinjene.

Så lenge man geografisk sett befinner seg i norsk indre farvann eller i norsk sjøterritorium, må konklusjonen derfor være at den norske stat som den klare hovedregel har den samme rett til å utnytte og regulere offshore vindkraft som den har på norsk fastland.¹⁴⁹ Inntil en grense på 12 nautiske mil fra grunnlinjene har med andre ord den norske stat grunnlag i folkeretten for å utøve en full utnyttelses- og jurisdiksjonsrett over vindressursene.

4.2.2 Funksjonell suverenitet i den økonomiske sone

I tillegg til den nevnte opprettelsen av et sjøterritorium, gir havrettstraktatens del V artikkel 55 kyststaten folkerettslig adgang til å opprette en økonomisk sone. I den grad kyststaten proklamerer en slik sone, kan denne ligge som et havbelte på inntil 200 nautiske mil (370 km) målt fra de fastlagte grunnlinjene, jfr. havrettstraktatens artikkel 57.¹⁵⁰

Norge gjorde krav på en slik eksklusiv økonomisk sone i 1976. Samme år vedtok Stortinget lov om Norges økonomiske sone.¹⁵¹

¹⁴⁸ Fleischer, s. 118.

¹⁴⁹ Unntak gjøres imidlertid for andre staters rett til «uskyldig gjennomfart», se nærmere nedenfor i punkt 4.3.1.

¹⁵⁰ Fleischer, s. 124 og Ruud og Ulfstein, s. 153.

¹⁵¹ Lov om Norges økonomiske sone av 17. desember 1976, nr. 91.

Til sammenligning gjorde den norske stat krav på naturressursene på kontinentalsokkelen i 1963 da det ble vist utenlands interesse for de petroleumsforekomstene som befant seg der. Stortinget vedtok i denne forbindelse kontinentalsokkeloven¹⁵² som uttrykkelig fastsatte at eiendomsretten til ressursene tilhører den norske stat, jfr. kontinentalsokkeloven § 1. Man sikret seg dermed også rett overfor private interessenter.

Både proklamasjon og etablering av nasjonale regler for norsk økonomisk sone og norsk kontinentalsokkel ble dermed etablert før havrettstraktaten trådte i kraft i 1982. Disse utvidelsene av norsk rett til ressursene og jurisdiksjon ble likevel, i hvert fall etter noe tid, akseptert med grunnlag i etablert statspraksis.¹⁵³ Antakelig er det ryggdekning for å hevde at flesteparten av de bestemmelser som er kodifisert i havrettstraktaten gir uttrykk for alminnelig aksepterte sedvaneregler.¹⁵⁴

Selv om den økonomiske sones ytre grense på inntil 200 nautiske mil måles fra grunnlinjene, har ikke reglene for denne sonen rettslig betydning for havområdet fra grunnlinjene og ut til 12 nautisk mil (sjøterritoriet). Det fremgår av havrettstraktatens artikkel 55 at den økonomiske sone ligger utenfor og støter opp til sjøterritoriet. Når man vurderer reglene for den økonomiske sone er det derfor havområdene mellom 12 nautiske mil utenfor grunnlinjene til 200 nautiske mil utenfor grunnlinjene man har for øyet.

I denne sammenheng kan det poengteres hvorfor man i forhold til offshore vindkraft først og fremst bør konsentrere seg om reglene for den økonomiske sone og ikke kontinentalsokkelen.¹⁵⁵ Både den folkerettslige og internrettslige definisjonen av begrepet «kontinentalsokkel» begrenser seg til naturressursene i havbunnen og undergrunnen, jfr. havrettstraktatens artikkel 76 og kontinentalsokkeloven § 1, første ledd. Som kjent befinner vindressurser seg over havflaten. Internasjonale og nasjonale sokkelregler griper kanskje inn i de deler av vindkraftutnyttelsen, typisk understellet på en

¹⁵² Lov om vitenskapelig utforskning og undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumsforekomster av 21. juni 1963, Nr. 12. Siden vedtakelse av loven i 1963 har petroleumsforekomster blitt skilt ut i en egen petroleumslov.

¹⁵³ Fleischer, s. 44 og hos Ruud og Ulfstein, s. 76.

¹⁵⁴ Fleischer, s. 114.

vindturbin, som er festet ned i undergrunnen. Det kan også reises spørsmål om kontinentalsokkelregler skal få betydning i de tilfeller der kontinentalsokkelen strekker seg lenger ut fra fastlandet enn grensene for den økonomiske sone(200 nautiske mil). Etter mitt syn er dette tvilsomt. Hovedsynspunktet må være at selve ressursutnyttelsen i forbindelse med havbasert vindkraft skjer over havflaten, og at begrepet kontinentalsokkel som en følge av dette holdes utenfor diskusjoner om vindkraft.¹⁵⁶

Den folkerettslige reguleringen av kyststatens rettigheter i den økonomiske sone tar utgangspunkt i hovedregelen i havrettstraktatens artikkel 56, første ledd, bokstav a):

«I den eksklusive økonomiske sone har kyststaten:

- a) *Suverene rettigheter for det formål å undersøke og utnytte, bevare og forvalte så vel levende som ikke-levende naturforekomster i vannmassene over havbunnen, på havbunnen og i undergrunnen, og med hensyn til annen virksomhet med sikte på økonomisk utnyttelse og utforskning av sonen, slik som energiproduksjon fra vann, strømmer og vind.»*

Begrepet «suverene rettigheter» knytter seg til hele bestemmelsen og danner rammen for kyststatens forhold til andre stater. I denne sammenheng er utgangspunktet rimelig klart. Kyststaten har en *funksjonell suverenitet* knyttet til økonomisk utnyttelse og utforskning av den økonomiske sone.

Like fullt, er det på det rene at man nå verken befinner seg på kyststatens territorium eller i det åpne hav.¹⁵⁷ Det er dermed tale om en spesiell sone der man på den ene siden ikke kan legge noen alminnelig statsoverhøyhet og full jurisdiksjon til grunn, men man kan på den annen side heller ikke støtte seg på prinsippet om havets frihet.¹⁵⁸ Reglene om den økonomiske sone er et

¹⁵⁶ Fleischer, s.123-124 og Karen N. Scott, «tilting at offshore windmills...» i Journal of environmental law, s. 5.

¹⁵⁷ Fleischer, s. 126. Se også reglene om det åpne hav i havrettstraktatens artikkel 86 flg.

¹⁵⁸ Ruud og Ulfstein, s. 153.

kompromiss mellom disse to grunnleggende prinsippene, og på bakgrunn av dette må innholdet i den saklige avgrensede suvereniteten fastlegges nærmere.

Artikkel 56 sitt første alternativ retter seg mot naturressurser i *vannmassene, på havbunnen og i undergrunnen*. Vindressursene befinner seg som kjent over havflaten, og man er dermed hensatt til artikkelens annet alternativ om «annen virksomhet» når temaet er vindressurser.

Etter sistnevnte del av artikkelen har kyststaten suverene rettigheter til «annen virksomhet» med sikte på «økonomisk utnyttelse» av «energiproduksjon fra vann, strømmen og vind».

Det er ikke tvilsomt at dette omfatter en folkerettslig rett for kyststaten til å produsere energi fra vindressursene i den økonomiske sone. En slik forståelse følger uttrykkelig av traktatens ordlyd, og er dessuten bredt anerkjent som en folkerettslig regel.¹⁵⁹

4.2.2.1 Begrepet «suverene rettigheter»

De suverene rettighetene kyststaten har i den økonomiske sonen har store likhetstrekk med den generelle suvereniteten som gjelder innenfor en stats territorialgrense. Hovedpoenget er den norske stat har rett til å utnytte vindressursene i norsk økonomisk sone.

Forskjellen ligger i at begrepet suverene rettigheter viser til mer begrensede rettigheter enn de som følger av det alminnelige suverenitetsprinsippet. De suverene rettighetene er saklig sett begrenset til *nærmere bestemte former for aktiviteter*.¹⁶⁰ Ordlyden i havrettstraktatens

¹⁵⁹ Dette fremgår blant annet hos Helle T. Anker, Birgitte E. Olsen & Anita Rødde(eds.), *Legal Systems and Wind Energy law – A Comparative Perspective*, kapittel 10, s. 247 og Karen N. Scott, artikkel i *Journal of Environmental Law* 2006, tilting at offshore windmills: regulating wind farm development within the renewable energy zone, s. 4.

¹⁶⁰ Fleischer, s. 125.

artikkel 56 presiserer uttrykkelig at energiproduksjon fra vind er en slik aktivitet kyststaten har suverene rettigheter over.

Kyststaten har dermed noe mer enn en fortrinnsrett til å utnytte vindressursene i den økonomiske sone. I de suverene rettighetene ligger det en *eksklusivitet* som innebærer at kyststatens unnlattelse av å benytte seg av sin rådighet over ressursene, ikke automatisk åpner noen tilsvarende rettigheter for andre stater.¹⁶¹ En annen sak er at kyststaten kan gi andre stater en rett til ressursene som omhandles i havrettstraktatens artikkel 56 gjennom en uttrykkelig avtale. Det sistnevnte må følge av den alminnelige adgangen til å avgi suverenitet gjennom overenskomster.¹⁶²

4.2.2.2 *Jurisdiksjon over nødvendige innretninger og anlegg*

For å gjøre det folkerettslig rammeverket i den økonomiske sone mer fullstendig må kyststatens suverene rettigheter over naturressursene leses i sammenheng med de særlige konvensjonsbestemmelsene om jurisdiksjon. I praksis er det lite tilfredsstillende med en mellomstatlig rett til å utnytte selve vindressursen som sådan, dersom man ikke har rett til å underlegge de offshore vindturbinene m.v. nasjonal lovgivning og regulering. En rett til å både oppføre og regulere installasjoner og annen infrastruktur kan kanskje innfortolkes i artikkel 56 nr. 1 og begrepet «suverene rettigheter». Dette er imidlertid et spørsmål man ikke trenger å ta stilling til siden havrettstraktaten selv inneholder bestemmelser som eksplisitt omfatter disse tekniske innretningene.

Allerede havrettstraktatens artikkel 56, nr. 1 b) fastslår at kyststaten har jurisdiksjon¹⁶³ over oppføring og bruk av blant annet kunstige øyer, innretninger og anlegg. Dette presiseres ytterligere i artikkel 60.

¹⁶¹ At det her ligger en eksklusivitet følger av selve navnet på sonen, «den eksklusive økonomiske sone», jfr. havrettstraktatens artikkel 56 nr. 1.

¹⁶² Ruud og Ulfstein, s. 22.

¹⁶³ Ruud og Ulfstein, s. 140.

I artikkel 60 fremgår det at kyststaten har «enerett til å oppføre og til å tillate og regulere oppføring, drift og bruk av» *innretninger og anlegg* for å effektivisere retten til å utnytte vindressursene etter artikkel 56, første ledd, alternativ a). Etter artikkel 60, nr. 2 fremgår det videre at kyststaten i denne sammenheng har *eksklusiv* jurisdiksjon.

De vide begrepene «innretninger og anlegg» må etter ordlyden omfatte alle nødvendige produksjonsfaktorer for å realisere en offshore vindkraftpark, herunder vindturbiner med tilhørende sjøkabler etc. Ut ifra en kontekstuell forståelse ville det gitt lite mening om kyststaten skulle ha en rett til å utnytte vinden dersom den ikke samtidig fikk rett til å underlegge vindkraftanleggene i helhet nasjonal lovgivning.¹⁶⁴

På samme måte som de suverene rettighetene er begrenset til nærmere angitte naturressurser i artikkel 56, er kyststatens suverene rettigheter og jurisdiksjon over anlegg og innretninger likevel begrenset slik at de må ha et «formål» som fastsatt i artikkel 56 eller andre «økonomiske formål», jfr. havrettstraktatens artikkel 60 nr. 1 b) I den økonomiske sone har kyststaten dermed ingen generell lovgivnings- doms og tvangsmyndighet tilsvarende den de har på eget territorium. Det er et vilkår for jurisdiksjonen at det er tilstrekkelig sterk *tilknytning* mellom vindkraftproduksjonen og de aktuelle anlegg og innretninger for at kyststaten i forhold til andre stater skal kunne legge dem under sin nasjonale rettshåndhevelse.

Etter artikkel 60 nr. 5 har kyststaten også en rett til å oppføre og regulere *sikkerhetssoner* rundt de anlegg og innretninger som etableres i den økonomiske sone. Dette er praktisk i forhold til vindturbiner. Kyststaten som ønsker å bygge vindkraft kan dermed opprette en form for klausuleringsbelte rundt vindkraftanlegget der det er begrensninger i hva slags aktiviteter andre stater kan drive.¹⁶⁵ Dette kan være et hensiktsmessig virkemiddel for å redusere faren for kollisjonsulykker eller skader på fiskeutstyr etc. Etter

¹⁶⁴ Kars de graf, *Sustainable Development in international and national law*, s. 577.

¹⁶⁵ Karen N Scott, *Tilting at Offshore windmills*, s. 8.

artikkel 60, nr. 6 har alle fartøyer plikt til å respektere slike sikkerhetssoner dersom det er opprettet.

4.2.3 Kort om vindressursene på det åpne hav

Utenfor 200 mils grensen fra grunnlinjene ligger det åpne hav, jfr. havrettstraktatens artikkel 86.¹⁶⁶ Hovedregelen er at ingen stater utøver jurisdiksjon på bakgrunn av territorialitet. Alle stater nyter dermed godt av prinsippet om havets frihet på lik linje, og jurisdiksjon over en bestemt aktivitet er underlagt den stat som bedriver den.¹⁶⁷

Det grunnleggende utgangspunktet om at ingen stat har noen bedre rett enn noen annen utelukker likevel ikke i seg selv at det kan være aktuelt med utbygging av offshore vindkraft og at statene kan ha en rett til dette. Spørsmålet om utnyttelse av vindressursene i dette området er imidlertid ikke direkte regulert i havrettstraktaten.¹⁶⁸ På bakgrunn av tankegangen om likehet, og mangelen på andre gode holdepunkter, bør det antas at man faller tilbake på et alminnelig «først til mølla» prinsipp. Den enkelte stat står dermed fritt til å utnytte vindressursene på det åpne hav såfremt ingen andre har iverksatt tilsvarende eller annen kolliderende aktivitet i det aktuelle området. Denne utnyttelsesretten begrenses imidlertid her som ellers av andre staters rett til aktiviteter, jfr. særlig havrettstraktatens artikkel 87 og plikten til å ivareta det marine miljøet, jfr. havrettstraktatens artikkel 117 flg. og havrettstraktatens generelle kapittel XII.

¹⁶⁶ Ruud og Ulfstein, kapittel 9.9, s. 163 flg.

¹⁶⁷ Ruud og Ulfstein, s. 163 og 164.

4.3 Folkerettslige skranker i den mellomstatlige utnyttelses- og reguleringsretten

Foreløpig, på bakgrunn av fremstillingen ovenfor i punkt 4.2, kan legges til grunn en klar hovedregel: Den norske stat har folkerettslig hjemmel til å bygge ut offshore vindkraft både i indre farvann, sjøterritoriet og den økonomiske sone, samt underlegge slike energiltak norsk lovgivning.

Verken retten til å utnytte vindressursene ved hjelp av vindturbiner m.v. eller å utøve jurisdiksjon over virksomheten er imidlertid helt fri. På samme tid som folkeretten gir den norske stat rettigheter pålegger den også plikter. Retten til å bygge ut offshore vindkraft er dermed underlagt internasjonale begrensninger.

4.3.1 Ivaretagelse av andre staters rettigheter

Den norske stats rett til å utnytte vindressursene i havområdene utenfor norskekysten begrenses *for det første* av andre staters konkurrerende rett til å drive ulike aktiviteter i havsonene. Den norske stat må dermed også utøve sin nasjonale jurisdiksjon på en slik måte at disse statenes traktatfestede rettigheter blir ivaretatt. Graden av beføyelse som påhviler Norge i disse henseende varierer med hvilken havsone man operer i.

Innenfor den norske territorialgrensen har ingen andre stater særskilte rettigheter.¹⁶⁹ Den klare hovedregelen er som allerede nevnt at den norske stat kan utøve alle sine rettigheter på samme måte som på land. Kyststaten har dermed en generell og eksklusiv suverenitet, og andre stater må som utgangspunkt respektere dette.

I de havområdene som ligger *innenfor grunnlinjene* gjelder denne hovedregelen om at andre stater ikke har noen rettigheter absolutt. I de indre farvann er det for eksempel hevdet at kyststaten uten videre kan velge å

¹⁶⁹ Ruud og Ulfstein, s. 150.

avvise andre staters skips adgang til norske havner, såfremt skipet ikke befinner seg i en nødsituasjon.¹⁷⁰

I *de første 12 nautiske milene fra grunnlinjene*, dvs. i sjøterritoriet, er det imidlertid gjort et regulert unntak fra utgangspunktet. I medhold av havrettstraktatens artikkel 17 har skip fra alle stater folkerettslig rett til å foreta «uskyldig gjennomfart» i en kyststats sjøterritorium.

I dette spesifiserte gjennomfartsbegrepet ligger det en regel om at skip under fremmed flagg har en rett til *ordinær gjennomfart* i norsk sjøterritorium.¹⁷¹ De kan imidlertid verken stoppe opp eller ankre opp, med mindre dette er et ledd i den ordinære gjennomfarten eller skyldes en force majeure- eller nødsituasjon.¹⁷²

Dette er bakgrunnen for den russiske oljetransportens rett til å benytte seg av norsk territorialfarvann blant annet ved strekningen Vardø til Nordkapp.¹⁷³ Selv om den russiske stat ikke har ratifisert havrettskonvensjonen, er en rekke av de reglene antatt å gjelde som alminnelig folkerettslig sedvane.

Som en følge av denne retten kan kyststaten ikke drive slik aktivitet eller treffe slike tiltak i sitt eget sjøterritorium at denne retten til uskyldig gjennomfart forhindres eller gjøres urimelig vanskelig, jfr. havrettstraktatens

¹⁷⁰ Ruud og Ulfstein, s. 149.

¹⁷¹ Begrepet «gjenomfart» presiseres i havrettstraktatens artikkel 18, mens begrepet «uskyldig gjennomfart» presiseres i konvensjonens artikkel 19.

¹⁷² Ruud og Ulfstein, s. 150-151.

¹⁷³ Se forskrifter om utenlandske fartøyers anløp og ferdsel i territorialfarvannet av 23. desember 1994, nr. 1130 og av 2. mai 1997, nr. 396. Det følger dessuten av territorialfarvannslovens § 2, annet ledd at fremmede fartøyer har rett til uskyldig gjennomfart i sjøterritoriet. Her kan man merke seg at andre staters fartøyer også gis denne retten i indre farvann på tross av at det er noe usikkert om man har en folkerettslig plikt til å innrømme andre stater en slik rett innenfor grunnlinjene, jfr. definisjonen av «sjøterritorium» i territorialfarvannslovens § 1.

artikkel 24, første ledd.¹⁷⁴ Bakgrunnen er den store betydningen det har for internasjonal skipsfart å kunne passere gjennom andre staters territorialfarvann i forbindelse med handel, transport m.v. Folkeretten legger dermed opp til at den felles interesse i å kunne navigere går foran den enkelte stats interesse i å kunne herske over sitt eget territorium.¹⁷⁵

I dette ligger det dermed en skranke for den norske stats folkerettslige rett til å bygge vindkraft i norsk sjøterritorium. Offshore vindkraft kan ikke etableres på en slik måte, eller i et slikt omfang, at ikke andre staters rett til uskyldig gjennomfart ivaretas.

I praksis kan det være vanskelig å se at denne problemstillingen skal settes på spissen. Det er ikke nærliggende, i hvert fall ikke i løpet av nærmeste fremtid, at offshore vindkraft og andre tiltak bygges ut i norsk sjøterritorium i en slik utstrekning og med en slik tetthet at gjennomfartsmulighetene blir redusert i særlig grad. Dertil kommer det at det ikke bare er i andre staters interesse at det opprettholdes egnede skipsleder. Dette må det antas at også norsk skips-, handels-, og fiskerinæring er opptatt av. Den norske stat har dermed en *egeninteresse* i at navigasjonsruter opprettholdes i havområdene utenfor norskekysten.

Like fullt er dette en forpliktelse Norge har påtatt seg gjennom havrettstraktaten, og som man bør være oppmerksom på både ved utvikling og utøvelse av regler om bygging av offshore vindkraft. Det kan dermed ikke være tilstrekkelig at man vurderer og vektlegger konflikten med nasjonal skipsfart i spørsmålet om et offshore vindkraftanlegg skal bygges ut i sjøterritoriet. Hensynet til andre staters folkerettslige rett til gjennomfart må trekkes inn i avgjørelsesgrunnlaget.

I den økonomiske sonen er situasjonen noe mer komplisert. Den generelle betraktningen er at man nå har beveget seg bort fra kyststatens territorium,

¹⁷⁴ Ruud og Ulfstein, s. 131. Fleischer, s. 119 bruker begrepet «urimelig byrdefull».

¹⁷⁵ Fleischer, s. 119.

og at man derfor ikke lenger kan anvende prinsippet om kyststatens suverenitet, men man befinner seg heller ikke på det åpne hav.¹⁷⁶

Det følger av havrettstraktatens artikkel 56, nr. 2 at kyststaten skal ta «tilbørlig hensyn» til andre stater rettigheter og plikter i den økonomiske sone. Selv om det fremstår som vanskelig å slutte konkrete beføyelser ut av en slik generell formulering, gir den et forvarsel om at kyststatens rettigheter i den økonomiske sone er underlagt skranker utover dem man har i sjøterritoriet.

Havrettstraktatens artikkel 58 henviser videre til artikkel 87, og sammen presiserer de nærmere hvilke arter av aktiviteter kyststaten må ta tilbørlig hensyn til etter artikkel 56, nr. 2. I denne avhandlingens kontekst innebærer dette at kyststatens utbygging av offshore vindkraft må ta rimelig hensyn til andre staters rett til skipsfart, overflygning og legging av undersjøiske kabler og rørledninger. Andre staters rett i denne sammenheng, omfatter også annen rettmessig bruk av havområdet i tilknytning til de nevnte aktiviteter, for eksempel slik bruk som er forbundet med legging, vedlikehold og reparasjon av en sjøkabel, jfr. artikkel 58.

Spørsmålene som naturlig nok må reises da er om og i så fall i hvilken grad disse rettighetene andre stater er tillagt i de aktuelle havområdene begrenser den norske stats faktiske og rettslige adgang til å etablere en offshore vindkraftnæring i norsk økonomisk sone.

4.3.1.1 Skipsfart

I kyststatens økonomiske sone har andre stater en utvidet rett til skipsfart i forhold til den som gjelder på sjøterritoriet. Det er ikke tale om noe uskyldig gjennomfart, men snarere en generell navigasjonsfrihet.¹⁷⁷ En slik rett for andre stater innebærer en tilsvarende folkerettslig forpliktelse for kyststaten.

¹⁷⁶ Ruud og Ulfstein, s. 153.

¹⁷⁷ Ruud og Ulfstein, s. 155 og Fleischer s. 125-126.

I norsk rett er andre staters rett til skipsfart i den norske økonomiske sonen lovfestet i lov om den økonomiske sone § 2.

Dersom kyststaten båndlegger arealer til vindkraftanlegg, kan dette komme i konfliktforhold til andre staters ønsker eller behov for å benytte de samme arealer til skipsfart. I denne sammenheng pålegger havrettstraktatens artikkel 60, nr. 7 kyststaten en plikt til å ikke etablere offshore vindkraftparker der de kan virke forstyrrende inn på bruk av anerkjente skipsleder som er av vesentlig betydning for internasjonal skipsfart.¹⁷⁸

I andre sammenhenger, der det ikke er tale om anerkjente skipsleder, har kyststaten like fullt en folkerettslig plikt til å ikke urettmessig forstyrre andre staters navigasjonsfrihet i den økonomiske sone.¹⁷⁹ En annen sak er at arealene i den økonomiske sone er så store, i hvert fall for Norges vedkommende, at mulighetene for planlegging og etablering av vindkraftverk på en måte som ikke er til hinder for andre stater bør være tilstede.

4.3.1.2 Overflygning

I den økonomiske sone har andre stater også en ubetinget rett til overflygning. Det er imidlertid vanskelig å se at etablering av vindkraftanlegg kan komme i særlig konflikt med denne retten. På tross av vindturbinenes høyde, må det antas at de ikke hindre flytrafikken. Det samme må langt på vei gjelde helikoptertrafikk. Sistnevnte kan likevel ha et legitimt behov for å fly lavt, for eksempel ved ulykker på skip etc. En kollisjonsfare i denne sammenheng kan reduseres ved at vindturbinene og sikkerhetssoner merkes tydelig.

¹⁷⁸ Se også Anita Rønne, artikkel i boka *Legal systems and Wind energy- a comparative perspective*, kapittel 10. s. 247.

¹⁷⁹ Karen N. Scott, «tilting at offshore windmills.» i *Journal of environmental law*, s. 7

4.3.1.3 Legging av undersjøiske kabler og rørledninger

Det er heller ikke grunn til å tro at andre staters folkerettslige rett til å legge undersjøiske kabler og rørledninger utgjør en stor konflikt i forhold til den norske stats rett til å bygge ut offshore vindkraft. For å ivareta de norske forpliktelsene etter havrettstraktatens artikkel 58 bør riktignok etablering av vindkraftanleggene i den økonomiske sone etableres på en slik måte at man unngår beskadigelse av eksisterende rør- og kabler. Samtidig bør det tas hensyn til planlagte rør- og kablingsprosjekter og muligheten for at det kan bli behov for bygging/legging av slike. Dette er imidlertid et hensyn som kan integreres i nasjonale prosesser forut for en vindkraftutbygging. Et godt nasjonalt regelverk for kartlegging og planlegging kan avhjelpe og unngå slike problemer.

4.3.2 Internasjonal miljørett

For *det andre* er den norske stats rett til å utnytte og regulere utnyttelsen av vindressursene i de aktuelle havområdene underlagt folkerettslige beføyelser begrunnet i globale, regionale og lokale miljøhensyn.¹⁸⁰ Disse internasjonale miljøreglene gir et fragmentarisk bilde av hvilke skranker Norge er bundet av. Innenfor rammene av denne avhandlingen er det dermed ikke mulig å gi noen fullstendig og uttømmende fremstilling av de forpliktelsene som gjelder, eller hvilken betydning de til enhver tid har for bygging av offshore vindkraft.

Dette skyldes dels at man står overfor regler av ulik art og med ulikt innhold, men også at man må forholde seg til en hel rekke ulike konvensjoner som prinsipielt er rettslig forpliktende.

¹⁸⁰ Bugge, s. 39 «Miljøproblemet strekker seg over kommunegrenser og landegrenser» og s. 42 flg. om internasjonal miljørett.

I teorien er spørsmålet om hvor bindende folkeretten egentlig er drøftet grundig.¹⁸¹ Herunder har man forsøkt å trekke grensen mellom politiske målsetninger/anbefalinger (soft law) og internasjonale forventninger og de rettslige forpliktende konvensjonsbestemmelsene.¹⁸²

Selve miljøbegrepet¹⁸³ favner vidt. Vi står ikke overfor noen ensartet gruppe, men snarere en kategori som kan underlegges en rekke presiseringer i ulike retninger. Den alminnelige forståelsen knytter seg likevel til «omgivelser og forhold som menneske lever og ferdes i»¹⁸⁴. Under dette kan man blant annet plassere biologisk mangfold og havet som et fristed for opplevelser og ro.

4.3.2.1 Havrettstraktatens miljøbestemmelser

Havrettstraktatens del XII inneholder bestemmelser om vern og bevaring av det marine miljø. Disse artiklene begrenser seg ikke til å gjelde bestemte aktiviteter eller havsoner. Man står dermed overfor et sett av generelle folkerettslige miljøvernregler som gjelder for etablering av offshore vindkraft i norsk indre farvann, norsk sjøterritorium, norsk økonomisk sone og på det åpne hav.¹⁸⁵

I artikkel 192 heter det at «Statene har plikt til å verne og bevare det marine miljø». De pålegges dermed en generell folkerettslig plikt som ikke er avgrenset til nærmere bestemte aktiviteter.¹⁸⁶ Konvensjonen gir i seg selv ikke noe grunnlag for å trekke et bestemt skille mellom begrepene *verne* og

¹⁸¹ Fleischer, s. 30 spør blant annet om folkeretten er «rett»?

¹⁸² Ruud og Ulfstein, s.26 om begrepet «soft law» i folkeretten.

¹⁸³ Bugge, s. 16 flg. om begrepet «miljø» i rettslig sammenheng.

¹⁸⁴ Norsk ordbok. 2004.

¹⁸⁵ United nations convention on the law of the sea, A commentary, bind IV, s. 3.

¹⁸⁶ Veronica Frank, The european community and marine environmental protection in the international law of the sea, s. 19. Fremholder at det ikke er tvilsomt at vi her står overfor folkerettslige bindende plikter.

bevare. Det er likevel akseptert at «vern» knytter seg til former for nærliggende eller eksisterende miljøfarer, mens «bevaring» retter seg mot elementene i bærekraftighet, dvs. ivaretagelse av god miljøkvalitet i et lengre fremtidsrettet tidsperspektiv.¹⁸⁷

Formuleringen er svært vid. Den gir ikke noe godt grunnlag for å utlede konkrete forpliktelser utover at den norske stat har forpliktet seg til å trekke hensynet til det marine miljø inn i de prosesser og vurderinger som gjøres i forkant av at et offshore vindkraftanlegg bygges ut.

I artikkel 193 fastlegges det at statene har suveren rett til å utnytte *sine* naturforekomster i overensstemmelse med sin nasjonale miljøpolitikk og i samsvar med sin folkerettslige plikt til å verne og bevare det marine miljø. Gjennom dette kommer det til uttrykk at den norske stats regulering og faktisk utnyttelse av vindkraftressursene i de ulike havsonene må ligge innenfor de «miljørammene» havrettstraktaten stiller opp. Bestemmelsen utgjør dermed en kobling mellom de generelle miljøpliktene i havrettstraktatens del XII og retten til å utnytte naturressursene, herunder vindressursene, i de enkelte havsonene.¹⁸⁸

Det nærmere materielle innholdet havrettskonvensjonens miljøforpliktelser presiseres i den etterfølgende artikkel 194. Her pålegges statene å:

«treffe alle nødvendige tiltak som er forenlig med denne konvensjon, for å hindre, begrense og kontrollere forurensning av det marine miljø fra enhver kilde, og for dette formål etter evne benytte de mest mulig hensiktsmessige midler som de har til rådighet..»

Etter ordlyden i konvensjonsteksten innebærer ikke dette at ethvert miljøtiltak skal iverksettes. En rettslig plikt til å handle oppstår først når et tiltak er «nødvendig» for å hindre, begrense eller kontrollere forurensning av

¹⁸⁷ Veronica Frank, s. 19.

¹⁸⁸ Havrettskonvensjonen, kommentarer, s. 49.

havmiljøet. Er det nødvendig at et tiltak iverksettes, må imidlertid utgangspunktet være at statene og så har folkerettslig plikt til å handle.¹⁸⁹

Handleplikten er ikke begrenset til bestemte typer forurensning. Alle former for forurensning fra enhver kilde omfattes såfremt de har eller kan ha virkning på havmiljøet.¹⁹⁰ I denne sammenheng er det ikke et absolutt krav at den oppståtte eller mulige forurensningsskaden helt motvirkes eller unngås. Omfanget av den folkerettslige handleplikten som hviler på den enkelte stat, varierer med hvilke forutsetninger og ressurser denne har for å iverksette preventive eller avbøtende tiltak og hvilke hensiktsmessige midler den har til rådighet.¹⁹¹

Spørsmålet som må reises i denne sammenheng er hvilken praktisk betydning disse bestemmelsen har for bygging av offshore vindkraft. Vindturbiner med tilhørende transformatoranlegg, sjøkabler etc. slipper for eksempel ikke ut skadelige væsker eller stoffer som kan karakteriseres som forurensning og som påfører det marine miljøet en negativ effekt.

Det kan imidlertid være grunn til å skille mellom et offshore vindkraftanlegg som er i drift, og de sammensatte aktivitetene som skjer i forbindelse med installering og bygging av anlegget. Selve driften av anlegget vil normalt ikke lede til forurensning med mindre man for eksempel har uforutsette lekkasjer av girolje fra turbinen eller lignende. En annen sak er den omfattende virksomheten som bedrives i forbindelse med å utplassere en vindkraftpark. Her vil det være risiko for uhell, uforutsette utslipp m.v. I dette henseende aktualiseres plikten til å ta nødvendige forhåndsregler for å unngå og forhindre forurensning. Dersom uhell først er ute vil artikkel 194 pålegge en internasjonal forpliktelse til å begrense skadene og kontrollere forurensningen ved å iverksette nødvendige tiltak.

¹⁸⁹ Havrettskonvensjonen, kommentarer, s. 55.

¹⁹⁰ Veronica Frank, s. 20.

¹⁹¹ Se ordlyden i havrettstraktatens artikkel 194, nr. 1 «etter evne».

I tillegg til disse hovedbestemmelsene suppleres havtraktatens miljøforpliktelser av en rekke mer spesielle plikter som *kan* ha betydning i forbindelse med bygging av offshore vindkraft. Etter artikkel 194, femte ledd gis det en regel om elementer av det marine miljø som skal underlegges en særskilt verne- og bevaringsplikt. Etter ordlyden gjelder dette både sjeldne og sårbare økosystemer, tilholdssteder for overutnyttede eller truede dyrearter og andre utsatte former for liv i havet. I realiteten bør en slik forpliktelse innebære at man forsøker å unngå disse områdene og artene når man tar stilling til hvor et offshore vindkraftanlegg skal lokaliseres.

For å effektivisere denne og andre bestemmelser pålegger artikkel 204 statene en omfattende kartleggings- og kontrolleringsplikt med havmiljøet. Etter artikkel 205 skal resultatene fra disse undersøkelsene offentliggjøres slik at andre berørte stater og organisasjoner får tilgang til funnene.

Et av de mest sentrale miljøvernvirkemidlene, som blir nærmere omtalt nedenfor i punkt 4.3.2.4, er statenes plikt til å kartlegge og vurdere virkningene av planlagte tiltak etter havrettstraktatens artikkel 206. Er det rimelig grunn til å anta at et planlagt tiltak eller virksomhet kan føre til betydelig forurensning av eller vesentlige og skadelige forandringer i det marine miljø, skal det så langt det er praktisk mulig foretas en konsekvensutredning av virkningen på havmiljøet før iverksettelse. Dette vil også gjelde for den norske stats utbygging av offshore vindkraft. I denne sammenheng må det utredes i hvilken grad vindturbinene med tilhørende infrastruktur kan skade eller på annen måte påvirke det marine miljøet negativt. Etter havrettstraktatens artikkel 204 er denne utredningen offentlig. Den bør dessuten meddeles andre stater som berøres av tiltaket etter den generelle bestemmelsen om mellomstatlig samarbeidsplikt i havrettstraktatens artikkel 197.

Artikkel 197 gjelder prosessuelle plikter knyttet til informasjonsutveksling, planutvikling, forskning, teknologioverføring etc.

For å sikre at disse folkerettslige miljøvernbestemmelsene blir gjennomført i statenes interne rettssystemer, har havrettstraktatens del XII, avsnitt 5 nærmere regler om dette.

4.3.2.2 Kort om andre miljøkonvensjoner som kan ha betydning for bygging av offshore vindkraft

I tillegg til de generelle miljøbestemmelsene i havrettskonvensjonen, har Norge ratifisert en rekke mer spesielle miljøkonvensjoner. Disse retter seg mot vern av biodiversitet generelt, eller mot særskilte former for biologisk mangfold.

Den med videst anvendelsesområde er *FN-konvensjonen om biologisk mangfold* av 22. mai 1992. Den ble vedtatt av Norge 9. juli 1993 og trådte i kraft for Norge 29. desember 1993.¹⁹²

Konvensjonens geografiske anvendelsesområde følger den forpliktete statens jurisdiksjon, jfr. artikkel 4. For norske myndigheter er traktaten dermed forpliktende i relasjon til bygging av offshore vindkraft både i indre farvann, sjøterritoriet og i den økonomiske sone.

Konvensjonen oppstiller et rammeverk som retter seg mot *alle former for biologisk mangfold*. Begrepet defineres i konvensjonens artikkel 2 som «variasjonen hos levende organismer av alt opphav, herunder bl.a. terrestriske, marine eller andre akvatiske økosystemer og de økologiske komplekser som de er en del av; dette omfatter mangfold innenfor artene, på artsnivå og på økosystemnivå».

Konvensjonens artikkel 6 stiller krav til norske myndigheter om at hensynet til bevaring og bærekraftig bruk av biologisk mangfold skal integreres i relevante sektors planlegging og virksomhet. Plikten er ikke absolutt, men den gjelder «as far as possible and as appropriate». Den første delen av formuleringen kan oversettes med *så langt som mulig* og knytter seg til måloppnåelse. Den siste delen omhandler valg av virkemidler og kan

¹⁹² St.prp. Nr. 56(1992-93) og Innst.S. nr 168(1992-93)

forstås slik at plikten bare gjelder bruk av *hensiktsmessige* virkemidler.¹⁹³ Den norske stat har dermed en folkerettslig forpliktelse til så langt som mulig og hensiktsmessig å integrere hensynet til bevaring og bærekraftig bruk av biologisk mangfold inn i lovverket for bygging av offshore vindkraft, og myndighetenes utøvelse av energilovverket.

Artikkel 8 om «In situ bevaring» pålegger Norge, så langt det er mulig og hensiktsmessig, en rekke mer spesielle forpliktelser knytter til det bevaring og vern biologiske mangfold i dets naturlige habitat. Herunder ligger det blant annet plikt til å etablere beskyttede områder dersom det er behov for å iverksette særlige tiltak for å bevare det biologiske mangfold.

Artikkel 14 stiller opp et krav om at Norge, så langt det er mulig og hensiktsmessig, skal innføre rutiner for konsekvensutredninger av betydelige uheldige virkninger for det biologiske mangfold, samt sørge for hensiktsmessige ordninger der økologiske konsekvenser blir tatt hensyn til og vektlagt i programmer og politikk.

Det mangelfulle regelverket for bygging av offshore vindkraftanlegg utenfor grunnlinjene, og særlig i den økonomiske sone, innebærer at det er tvilsomt at disse forpliktelsene kan anses ivaretatt i det norske regelverket på en tilfredsstillende måte. Oppfyllelse av kravene og dermed også konvensjonen forutsetter at det finnes et etablert lovverk som blant annet sørger for integrering av biologisk mangfold, og plikt for tiltakshaver til å konsekvensutrede virkninger av tiltaket i forkant av at det iverksettes.

*Bonnkonvensjonen*¹⁹⁴ har som særlig formål å fremme vern av bestander av trekkende ville dyr som regelmessig krysser nasjonale grenser. Det skiller ikke mellom terrestriske og marine arter. Konvensjonens vedlegg I lister opp de arter som etter konvensjonens artikkel III har et strengt vern. Når det

¹⁹³ NOU 2004: 28 om Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold, s. 160.

¹⁹⁴ Bonnkonvensjonen er vedtatt i Bonn 23. juni 1979. Den ble ratifisert av Norge 30. mai 1985 og trådte i kraft for Norge 1. august 1985.

gjelder disse er Norge forpliktet til å beskytte artene og deres levesteder samt hindre skadelige effekter av aktiviteter som kan påvirke trekkmulighetene. Vedlegg II angir arter som ikke direkte er utryddingstruet, men som har behov for internasjonalt samarbeid for vern, jfr. konvensjonens artikkel IV. I den økonomiske sone har Norge i dag ikke et regelverk som legger til rette for oppfyllelse av denne konvensjonen. Fra et nasjonalt ståsted kan offshore vindkraft etableres der uten at det blir tatt hensyn til konflikten mellom vindturbiner og trekkende fugle- og dyrearter.

*OSPAR-konvensjonen*¹⁹⁵ har som formål å beskytte marine områder mot skadevirkninger av menneskelig aktivitet og dermed å verne menneskers helse og bevare marine økosystemer, og gjenopprette marine områder som har blitt skadet, jfr. konvensjonens artikkel 2.

Geografisk sett omfatter konvensjonen statenes indre farvann, sjøterritorium og økonomiske sone. Konvensjonens vedlegg III omhandler regler for å forhindre og eliminere forurensning fra offshore-kilder. Etter artikkel 5 i dette vedlegget pålegges den norske stat blant annet å fjerne utrangerte offshore-installasjoner m.v. Dette må blant annet innebære en plikt til å ikke etterlate vindturbiner og annen infrastruktur i sjøområdene når et produksjonen i et offshore vindkraftanlegg avsluttes.

I tillegg kan ESPOO-konvensjonen¹⁹⁶ om konsekvensutredninger av tiltak som kan ha grenseoverskridende miljøvirkninger og Bern-Konvensjonen¹⁹⁷ om ville dyr og deres leveområder nevnes.

¹⁹⁵ OSPAR ble vedtatt 22. september 1992. Norge ratifiserte den 8. september 1995 og den trådte i kraft 25. mars 1998.

¹⁹⁶ Vedtatt 25. februar 1991. Trådte i kraft 10. september 1997.

¹⁹⁷ Vedtatt 19. september 1979. Ratifisert av Norge 27. mai 1986 og trådte i kraft for Norge 1. september 1986.

4.3.2.3 EØS-avtalens krav til konsekvensutredninger

Gjennom EØS-avtalen får en rekke av EU-reglene virkning for Norge. Dette gjelder både de generelle reglene i EF-traktaten om fri handel og konkurranse, som er inntatt i selve EØS-avtalen, og de mange miljødirektivene som er en del av EØS-avtalen.¹⁹⁸

Som et miljørettslig virkemiddel er det to direktivene om konsekvensutredning av miljørettslige virkninger særlig viktige. Disse er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XX og er dermed også bindende for Norge.

Et krav til konsekvensutredninger ved planer eller tiltak som kan ha miljøskadelige virkninger kan slutes ut av en rekke internasjonale konvensjoner. Helt siden konsekvensutredninger var en viktig del av Brundlandrapporten «vår felles framtid» i 1987, har man sett en stadig utvikling i retning av at slike regler blir inntatt i miljøkonvensjoner. I denne sammenheng kan man blant annet nevne havrettstraktatens artikkel 206 og biodiversitetskonvensjonens artikkel 14.

EØS- direktivene skiller seg imidlertid ut ved at de har et videre anvendelsesområde og går lenger i å oppstille konkrete krav til statene. Mens biodiversitetskonvensjon begrenser seg til utredning av konsekvenser for biologisk mangfold, og ESPOO-konvensjonen i hovedsak til grenseoverskridende miljøkonsekvenser, gjelder EU-direktivene som utgangspunkt alle former for negative miljøpåvirkninger.¹⁹⁹ Såfremt man holder seg innenfor rammene av disse direktivene, bør kan derfor som den klare regel kunne anta at man samtidig oppfyller andre folkerettslige forpliktelser om konsekvensutredninger.

Formålet med direktivene om konsekvensutredninger er å sikre et bedre faktisk grunnlag for å fatte avgjørelser som potensielt kan påvirke miljøet.

¹⁹⁸ Bugge, s. 54. Se også EØS-avtalens artikkel 7 om Norges forpliktelse til å implementere EØS-reglene.

¹⁹⁹ Helle Tegner Anker og Birgitte Egelund Olsen, *Environmental Assessment Procedures*, s. 159.

Dette gjelder både planer, revisjon av planer og konkrete tiltak. Det er ikke noe krav om at planer eller tiltak med negative miljøkonsekvenser ikke skal iverksettes. Poenget er at miljøkonsekvensen skal kartlegges og utgjøre en så godt som mulig opplyst del av beslutningsgrunnlaget. Direktivene er derfor viktige virkemidler for å oppfylle føre-var-prinsippet, integrasjonsprinsippet og den overordnede målsetningen om en bærekraftig utvikling som omtales nærmere nedenfor i punkt 4.3.2.4.

Direktivene skiller heller ikke mellom landbasert og havbasert virksomhet. Utvikling og etablering av offshore virksomhet må derfor som utgangspunkt være omfattet av reglene.

EIA direktivet²⁰⁰ stiller et prosessuelt krav om at miljøkonsekvensene av enkelte tiltak skal kartlegges før det gis tillatelse til tiltaket fra offentlig myndighet. Vindkraftinstallasjoner er listet opp i annex II til direktivet. Konsekvensutredningen skal gjennomføres hvis prosjektet kan antas å ha betydelig miljømessig effekter på bakgrunn av prosjektets karakter, naturen i området, størrelse på prosjektet og lokalisering. Konsekvensutredningen skal vurdere den kumulative miljøeffekten på et bestemt område.²⁰¹

Ifølge ECJ skal en konsekvensutredning gjennomføres der det er *sannsynlig* at det kan ha *vesentlig betydning* for miljøet.²⁰² På bakgrunn ECJs praksis har dermed plikten til å foreta konsekvensutredninger blitt betydelig innsnevret i forhold til det som skulle følge av direktivets ordlyd.

SEA direktivet²⁰³ pålegger på sin side en plikt til en foreløpig/tidlig konsekvensutredning allerede på planstadiet. Direktivet gjelder for alle planer og programmer som med sannsynlighet har vesentlig effekt på

²⁰⁰ Council Directive 85/337/EEC on assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.

²⁰¹ Helle Tegner Aker og Birgitte Egelund Olsen, s. 159.

²⁰² Se Sak C-435/97, Sak C-72/95 og Sak C-431/92.

²⁰³ Directive 2001/42/EC of the European Parliament and the Council on the assessment of the effects of certain plans and programs on the environment.

miljøet.²⁰⁴ Reglene omfatter også revisjon av disse eksisterende planer eller programmer.

Ser man disse to direktivene sammen, kan det stilles opp en forpliktelse om miljøkonsekvensanalyser i to omganger. For det første skal miljøkonsekvensene av planer eller programmer om bygging av offshore vindkraft utredes. Dette vil for eksempel være der man vurderer om et område generelt sett er egnet til vindkraft, jfr. nedenfor i oppgavens punkt 5.4. For det andre skal det enkelte og konkrete offshore vindkrafttiltak konsekvensutredes før det gis tillatelse til å iverksette det.

Disse direktivene vil i tråd med det dualistiske prinsipp forutsette en implementering i norsk rett for at staten skal kunne gjøre de gjeldende overfor tiltakshavere. Direktivene binder staten til å gjennomføre dem i norsk rett, men de pålegger ikke tiltakshaver forpliktelser før dette faktisk har skjedd. Per i dag finnes det ikke nasjonalt lovverk som pålegger slike forpliktelser for utbygging av offshore vindkraft i den økonomiske sone. Ikrafttredelse av de nye planbestemmelsene i ny plan- og bygningslov vil imidlertid åpne en vid hjemmel for å gi forskrifter som kan oppfylle kravene.

4.3.2.4 Generelle miljørettslige prinsipper

I tillegg til konkrete traktatfestede miljøregler, eksisterer det noen mer generelle miljørettslige prinsipper som kan ha betydning for bygging for bygging av offshore vindkraft.

I denne sammenheng kan for det første *prinsippet om bærekraftig utvikling* nevnes. Dette fikk sitt internasjonale gjennombrudd da det ble brakt på den internasjonale agenda av FN-oppnevnte verdenskommisjonen for miljø og utvikling på slutten av 80-tallet.²⁰⁵ I senere tid har det blitt innarbeidet som en del av flere internasjonale og bindende folkerettslige

²⁰⁴ Helle Tegner Anker og Birgitte Egelund Olsen, s. 160.

²⁰⁵ «Brundtland-rapporten» fra 1987 om «vår felles framtid» fra den FN-oppnevnte Verdenskommisjonen for miljø og utvikling ledet av Gro Harlem Brundtland.

konvensjoner og i mellomstatlig soft law.²⁰⁶ Når regler om bærekraftig utvikling er inntatt i den enkelte konvensjon, må det nærmere innholdet i reglene bero på en konkret tolkning av traktaten. Man kan imidlertid reise spørsmålet om det på mer generelt grunnlag, uavhengig av eksplisitt traktatfesting, kan stilles et krav til at bygging av offshore vindkraft må være forenlig med en bærekraftig utvikling.

Spørsmålet har ikke noe klart svar, og prinsippet er dessuten vanskelig å forholde seg til når temaet er bygging av offshore vindkraft. Kjernen i prinsippet er en utvikling som dekker dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at fremtidige generasjoner skal få dekket sine behov. Det er vanskelig å utlede konkrete plikter ut av en slik vag formulering.

En mulig forståelse er at man bør utvikle og etablere fornybare energier, herunder havbasert vindkraft, for å redusere utslippene av drivhusgasser fra fossile energikilder. Dilemmaet man står overfor er likevel klart. Den økonomiske utnyttelsen av offshore vindkraft gjennom etablering av vindkraftparker har usikre konsekvenser for det marine miljøet. En anvendelse av et krav om bærekraftig utvikling på bygging av offshore vindkraft setter forholdet mellom ulike «miljøhensyn» på spissen.²⁰⁷ Og prinsippet om bærekraftig utvikling gir ingen veiledningen i avveiningen mellom det som kan betegnes som globale klimahensyn på den ene siden, og mer tradisjonelt naturvern på den andre siden.

Enkelte slutninger kan likevel trekkes fra et mer generelt krav til bærekraftig utvikling. For det første bør hensynet til miljøet integreres i de rettslige prosessene i energisektoren forut for avgjørelsen og i avgjørelsen av om et offshore vindkraftanlegg skal bygges ut. Dette stiller krav til både lovgiver som utformer regelverket og forvaltningen som utøver det.²⁰⁸

²⁰⁶ Klimakonvensjonen artikkel 3 og Biodiversitetskonvensjonen artikkel 1.

²⁰⁷ Dette paradokset er man også opptatt av i andre land, blant annet i Nederland. Se Kars de Graaf i *Sustainable development in international and national law*, s. 575.

²⁰⁸ Bugge s. 65 flg. og Winge s. 90.

For det andre ligger det i definisjonen av bærekraftig utvikling at det ikke vil være tilstrekkelig at dagens miljøvirkning tas i betraktning. I forlengelsen av at miljøhensyn integreres i regelverk og enkeltavgjørelser, må miljøvirkningene underlegges en fremtidsrettet vurdering. Bare på denne måten kan man sikre at også fremtidige generasjoner kan få dekket sine behov. Man bør derfor undersøke hvilke virkninger et miljøtiltak kan få på sikt, og sørge for at også denne fremtidsrettede vurderingen trekkes inn i avgjørelsesgrunnlaget.²⁰⁹

Til sist kan man ikke betrakte en energivirksomhet – eller et tiltak isolert. Bærekraftighet nødvendiggjør at det ved avgjørelsen om tillatelse skal gis til et konkret vindkraftanlegg må foretas en vurdering av den samlede miljøbelastningen av dette anlegget og all annen miljøskadelig virksomhet.²¹⁰ Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å vurdere om et planlagt tiltak i seg selv innebærer uforholdsmessig store miljøulempen. Den aktuelle plan eller tiltak må vurderes sammen med alle andre negative miljøeffekter, og det er den totale miljøbelastningen som er avgjørende.

Et annet prinsipp som kan nevnes er *føre-var-prinsippet*. Slike regler er inntatt i Rio-erklæringen (soft law), biodiversitetskonvensjonens fortale og OSPAR artikkel 2(2). I de tilfellene prinsippet, eller utslag av det, er inntatt i folkerettslige konvensjoner, vil en tolkning av konvensjonsteksten være avgjørende for hvilke forpliktelser man kan utlede.

Men også utenfor de tilfelle der regler om forsiktighet er avtalefestet, kan det reises spørsmål om det gjelder mer generelt, og hva slags forpliktelse det i så fall pålegger statene i relasjon til utbygging av havbasert vindkraft.

Innholdsmessig retter prinsippet seg mot situasjoner der vurderingsgrunnlaget med hensyn til om det foreligger fare for alvorlige miljøtrusler er usikkert. Tanken er at manglende visshet om trusselens konsekvenser ikke skal hindre at man setter i verk forbyggende tiltak. En eventuell tvil skal med

²⁰⁹ Bugge, s. 63

²¹⁰ Bugge, s. 63 og Winge s. 91-92.

andre ord komme miljøet til gode.²¹¹ Man skal dermed vektlegge selve risikoen for miljøskade. Dette gjelder selv om det verken er sikkert eller sannsynlighetsovervekt for at slik skade vil inntre. Det folkerettslige føre-var-prinsippet har dermed først og fremst adresse til de enkelte staters lovgiver, og innebærer at denne må besørge et regelverk som gjør det mulig å forhindre negative miljøvirkninger. Det vil også ha betydning for statenes forvaltnings skjønnsutøvelse ved spørsmål om et tiltak skal tillates igangsatt og eventuelt på hvilke vilkår.

4.4 En sammenfattende betraktning av det eksisterende folkerettslige rammeverket

Som en sammenfatning kan man si at heller ikke folkeretten gir noe klart og helhetlig regelverk for bygging av offshore vindkraft. De internasjonale reglene som kommer, eller kan komme til anvendelse på etablering av vindkraft til havs, er beheftet med en rekke svakheter.

For det første er mange av reglene *vage*. De er resultat av mellomstatlige forhandlinger der ofte mange stater er involvert, og der man som den klare regel er avhengig av enighet for å konvensjonsfeste rettigheter og plikter. Reglene er derfor gjennomgående formulert på en måte som ikke skaper absolutte og klare forpliktelser, og der det er vanskelig å avgjøre i hvilken grad de binder en den norske stat i forhold til utbygging av vindkraft.

For det andre har reglene, og særlig de som knytter seg til vern og bevaring av miljøet, en altoverskyggende *fragmentarisk karakter*. Statene står overfor en rekke konvensjoner med overlappende bestemmelser som ivaretar til dels de samme hensyn. Det er ingen klar samordning mellom de ulike konvensjonene, og dette gjør det svært problematisk å fastlegge hvordan den folkerettslige rettstilstanden reelt sett er.

²¹¹ Bugge, s. 68

For det tredje er den klare regelen av folkeretten ikke uten en særskilt gjennomføringsakt kommer til anvendelse på rettsforholdet mellom norske myndigheter og tiltakshavere som ønsker å bygget ut vindkraft i havet. De folkerettslige reglenes betydning i norsk rett beror dermed på norske myndigheters ønske om å gjennomføre den. Dertil kommer det at sanksjonssystemet i tilfeller av en folkerettsstridig rettstilstand er dårlig utviklet.

Enkelte grunnleggende mellomstatlige problemer kom imidlertid relativt klart til uttrykk i havrettstraktaten. Den norske stat har full utnyttelsesrett til vinden og jurisdiksjonsrett over vindkraftanlegg og installasjoner innenfor norsk territorialgrense. I den økonomiske sone har den norske stat som kyststat suverene rettigheter over utnyttelse av vindressursene og en funksjonell jurisdiksjon i tilknytning til slik virksomhet. Dette innebærer at den norske stat som den klare hovedregel har folkerettslig rett til å bygge ut vindkraft i de aktuelle havsonene (ut til 200 nautiske mil fra grunnlinjene) og underlegge virksomheten vårt nasjonale lovverk. Begrensninger følger av hensynet til andre stater og miljøet. Disse skrankene lar seg imidlertid vanskelig beskrive generelt. Hvorvidt andre staters aktivitetsrett og/eller vern og bevaring av biologisk mangfold m.v. setter grenser for retten til å bygge ut et offshore vindkraftanlegg, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Først når man står overfor et bestemt tiltak med et bestemt omfang som skal lokaliseres et gitt område, kan det tas stilling til om, og i hvilken grad, utbyggingen vil være i strid med Norges internasjonale forpliktelser.

5 Et fremtidig helhetlig nasjonalt rammeverk innenfor rammene av folkeretten

5.1 Innledning

I kapittel 3 ovenfor ble det redegjort for det nasjonale regelverket for utbygging av offshore vindkraft. Det ble konkludert med at regelverket er mangelfullt i sjøterritoriet og at det nærmest er fraværende i den økonomiske sone. Kapittel 4 gjorde deretter rede for hovedlinjene i folkerettslige rammeverket. Både havrettskonvensjonen og andre internasjonale konvensjoner stiller opp regler som gir en form for ytre ramme for den nasjonale reguleringen.

Spørsmålet som reises i dette kapittelet er hvordan et fremtidig nasjonalt regelverk *bør* se ut. I denne forbindelse er det to hovedkrav som må stilles. For det første må det nye regelverket avhjelpe de manglene i det eksisterende regelverket som ble avdekket i kapittel 3. Dernest må dette skje på en måte som tar hensyn til og ligger innenfor de folkerettslige rammene som ble trukket opp i kapittel 4.

Den 13.02.2009 sendte Olje- og energidepartementet ut et forslag til lov om fornybar energiproduksjon til havs på høring. Ettersom dette lovforslaget kom i mellomværende mellom levering av avhandlingen og publiseringen, har jeg valgt å knytte noen løpende kommentarer til avhandlingens kapittel 5 i ettertid. Disse er inntatt i petit og er et tillegg til avhandlingen.

For ordens skyld er det grunn til å nevne at man fortsatt bare står overfor et forslag til en ny lov. Det er med andre ord usikkerhet knyttet til om forslaget etter hvert blir vedtatt, hvilke endringer som skjer fram til vedtakelse og når loven eventuelt trer i kraft.

5.2 Etablering av en konsesjonshjemmel

Den mest påfallende svakheten i det gjeldende regelverk er *fraværet av en klar lovhjemmel* som stiller opp et konsesjonsrettslig rammeverk for offshore

vindkraft utenfor grunnlinjene. I sjøterritoriet finnes det riktignok slikt rettsgrunnlag i havne- og farvannsloven.²¹² Dette er imidlertid ikke en bestemmelse som er utformet på en slik måte at den retter seg særskilt mot vindkraftutbygging. Havne- og farvannsloven har generelle bestemmelser om konsesjonsplikt for etablering av alle typer tiltak i norsk sjøterritorium og indre farvann som trekker med seg en potensiell interessekonflikt med utbygging og drift av havner og opprettholdelse av en sikker ferdsel.²¹³ Utenfor territorialgrensen er det tvilsomt om det i det hele tatt finnes lovgrunnlag for å nekte tiltakshavere å bygge ut vindkraft.²¹⁴ Det foreligger heller ikke noen klar hjemmel for å knytte nærmere betingelser til virksomheten.

Vedtakelse av en slik konsesjonshjemmel er nødvendig for å sikre de hensyn som gjør seg gjeldende i energisektoren. I flere sammenhenger er det fremholdt at tilstrekkelig og sikker energiforsyning er en forutsetning for samfunnsmessig velferd og økonomisk utvikling.²¹⁵ Regelverket for bygging av offshore vindkraft bør derfor bygge på sterk offentlig styring og kontroll med energitiltak. Ivaretagelse av disse hensynene sikres best der det offentlige har en *klar lovhjemmel* som gir uttrykkelig grunnlag for å nekte bygging av vindkraft, eventuelt gi tillatelse på nærmere vilkår.

Et slikt konsesjonsgrunnlag kan utformes på flere måter. Det er ikke slik at denne lovregelen må utformes på én bestemt måte. Ulike lovgivningsteknikker kan lede til at man oppnår samme målsetning. Det er

²¹² Jfr. Havne- og farvannsloven § 6.

²¹³ Se havne- og farvannslovens § 1 om formålet.

²¹⁴ Slikt grunnlag forutsetter i så tilfelle at man kan anvende forurensningslovens § 7, jfr. § 11 for et krav om utslippstillatelse eller at man i forhold til kontinentalsokkelloven anser bygging av vindmøller som en utnyttelse av undersjøiske naturforekomster.

²¹⁵ Ot.prp. Nr. 32 (2007-08) s. 39-40.

likevel ikke tvilsomt at forskjellige lovtekniske løsninger trekker med seg forskjellige fordeler og ulemper.

Det er mulig å vedta en ordning som tilsvarende den kontinentalsokkelloven og petroleumsloven operer med. Kontinentalsokkellovens § 2 fremholder at «*retten* til undersjøiske naturforekomster tilligger staten». Etter samme bestemmelse annet ledd fremgår det at andre enn staten kan få tillatelse til å undersøke eller utnytte forekomstene og at det i denne forbindelse kan settes bestemte vilkår for slike tillatelser. Etter petrl. § 1-1 har «den norske stat har *eiendomsrett* til undersjøiske petroleumsforekomster». Ingen andre enn staten kan drive petroleumsvirksomhet uten de tillatelser, godkjenninger og samtykker som kreves i medhold av petroleumsloven, jfr. petrl. § 1-3.

Disse bestemmelsene i henholdsvis kontinentalsokkelloven og petroleumsloven etablerer dermed konsesjonsrammeverket på et utgangspunkt om at *retten* og *eiendomsretten* til de aktuelle naturressursene tilligger staten. Dette suppleres med regler om at rettigheter til å utforske eller utnytte ressursene kan overføres til andre enn staten, men da etter en særskilt søknad og tillatelse det er adgang til å stille nærmere betingelser til.

En slik løsning kan man tenke seg for offshore vindkraft utenfor grunnlinjene. I så tilfelle er alternativet en regel der *utnyttelsesretten* til vindressursene tillegges staten. Av flere grunner er det imidlertid problematisk å koble begreper som «rett» og «eiendomsrett» sammen med rådighet over vindressurser. Vind har en svært lite håndfast karakter. Den er i konstant bevegelse over store områder på tvers av havsoner og landegrenser. Dertil kommer det at en slik løsning nødvendigvis trekker med seg en vanskelig grensegang mellom den form for vindutnyttelse alle må ha rett til og den som er eksklusivt forbeholdt staten. Det kan for eksempel ikke komme på tale å kreve konsesjon for å få lov til krysse norsk økonomisk sone med en seilbåt.

I økonomiske termer må vind være en form for kollektivt gode alle har lik rett til. Vinden er i utgangspunktet tilgjengelig for alle, vanskelig å stykke opp og

fordele mellom enkeltindivider.²¹⁶ For folk flest har den heller ikke særskilt verdi. Dette gjør det problematisk å knytte det sammen med begrepene «rett» og «eiendomsrett».

På en slik bakgrunn fremstår det mer nærliggende at Lovgiver i stedet for å knytte konsesjonsplikten opp til selve vindressursen, stiller opp et krav om offentlig tillatelse for å bygge og drive de anlegg med tilhørende infrastruktur som er nødvendig for å nyttiggjøre seg av vinden til kraftproduksjon. Et slikt krav om konsesjon for bygging og drift av elektriske anlegg m.v. innebærer dermed at man viderefører den regelen som i dag gjelder innenfor grunnlinjene, jfr. enl. § 3-1.

Vedtakelse av en slik forbudsregel kan stille opp det nødvendige lovgrunnlag for konsesjon også i sjøterritoriet og den økonomiske sone. Fordelen med en slik løsning er at man slipper å forholde seg til vindressursen og dens uhåndgripelige karakter. I tillegg unngår man grensegangen mellom den bruken av vinden som skal være tilgjengelig for alle og den bruken som er underlagt eksklusive statlige rettigheter.

OED sitt lovforslag bygger på at loven skal ha et geografisk virkeområde fra grunnlinjene og ut til grensen for den økonomiske sone eller grensen for kontinentalsokkelen, jf. Forslagets § 1-2. Geografisk sett fremstår derfor forslaget som et utfyllende tillegg til gjeldende energilov som gjelder ut til grunnlinjene.

Forslagets § 1-3 fastslår at retten til å utnytte fornybare energiresurser til havs tilhører staten. Bestemmelsen bygger dermed på samme prinsipp som petroleumsloven, og den er egnet til å avklare rettighetsforholdet mellom norske myndigheter og helt eller delvis private tiltakshavere.

Forslagets § 3-1 viderefører en parallell til enl. § 3-1 og oppstiller et krav om offentlig tillatelse for å bygge, drive eller eie produksjonsanlegg utenfor grunnlinjene. Ser man denne bestemmelsen sammen med energilovens konsesjonsbestemmelse, dekker man derfor det ovennevnte hull i lovverket og oppstiller en klar konsesjonshjemmel også utenfor grunnlinjene.

²¹⁶ Eide, Stavang, Rettsøkonomi I, s. 63-64.

5.3 Ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser

Det ble påvist i fremstillingen ovenfor (kapittel 4) at et regelverk for utbygging av offshore vindkraft i sjøterritoriet og den økonomiske sone er underlagt en rekke mer eller mindre klare folkerettslige skranker. Det finnes flere mulige lovtekniske løsninger lovgiver kan vedta for å sørge for ivaretagelse av disse internasjonale forpliktelsene som påhviler staten.

En mulighet er at det vedtas konkrete regler som eksplisitt uttrykker hvilke folkerettslige rettigheter og plikter som gjelder for utbygging av vindkraft i henholdsvis sjøterritoriet og den økonomiske sone. Eksempler på slik *aktiv transformasjon*²¹⁷ finnes både i lov om den økonomiske sone § 2 og i territorialfarvannslovens § 2, annet ledd. Etter førstnevnte fastsettes det uttrykkelig at opprettelsen av en økonomisk sone ikke berører retten til skipsfart, overflygning og legging av undersjøiske rør og kabler. Sistnevnte bestemmer at fremmede stater har rett til uskyldig gjennomfart i territorialfarvannet.

Det er flere styrker ved en slik transformasjonsteknikk. Det skapes god publisitet rundt hvilke internasjonale begrensning som konkret knytter seg til bygging av offshore vindkraft. Både tiltakshavere og andre aktører oppnår en viss forutberegnelighet med hensyn til hvilke skranker som gjelder i de ulike sjøområdene. En slik gjengivelsesmetode kan dessuten være egnet til å ivareta hensynet til størst mulig rettsenhet og likhet mellom regelverkene i de statene som er bundet av de samme folkerettslige reglene.²¹⁸ I forlengelsen av dette, og av vesentlig betydning, sikrer slik positiv lovfesting at skrankene får *lovs rang* ved fastlegging av rettsregler og løsning av rettsspørsmål i intern norsk rett. Dette gir sikkert rettskildemessig grunnlag for å tillegge forpliktelsene relevans og vekt i forvaltningens avgjørelse av om det er grunnlag for å gi konsesjon, og eventuelt på hvilke vilkår.²¹⁹

²¹⁷ Ruud og Ulfstein, s. 36.

²¹⁸ Ruud og Ulfstein, s. 36.

²¹⁹ Eckhoff, s. 350.

Ulempen er likevel at en slik regulering kan innebære at det må gis mye og utførlig lovtekst. I hvert fall gjelder dette i den grad man søker å lovfeste den folkerettslige regelen utførlig og presist. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom man ønsker å inn ta regelen om andre staters rett til uskyldig gjennomfart i sjøterritoriet med dens tilhørende unntak ved force majeure m.v. Utførligheten i lovteksten kan innebære at man får regler som mangler dynamikk og utviklingsdyktighet. Dersom gjeldende folkerettslige forpliktelse endres, eller nye forpliktelser blir ratifisert, og disse strider mot den vedtatte lovregelen, må selve lovteksten endres. Man får dermed en nasjonal lovendringsprosess etter Grl. §§ 76 flg. i tillegg til ratifikasjonsprosessen.

Ett annet alternativ er at man unnlater å lovfeste forpliktelsene som følger av folkeretten i det hele tatt. Det endelige svaret på om norske regler for utbygging av offshore vindkraft rent faktisk er i samsvar med internasjonale forpliktelser, vil dermed bero på hvordan forvaltningen utøver regelverket i praksis. Uavhengig av om regler er utarbeidet i lovs form, kan regjeringen gjennom sin *instruksjonsmyndighet* pålegge forvaltningen å sørge for en rettsutøvelse i tråd med folkeretten.²²⁰ Problemet med en slik løsning er at det blir uklart hvilken rettskildemessige vekt folkeretten skal ha i konsesjonsspørsmålet dersom man står overfor flere relevante argumenter som ikke trekker i samme retning. En klar forankring i formell lov gir klarere holdepunkter for å avgjøre hvilken gjennomslagskraft internasjonale forpliktelser skal ha når man fastlegger de rettslige rammene for forvaltningens konsesjonsvurdering både generelt og i den enkelte sak.

En tredje løsning er både egnet til å sikre en viss forutberegnelighet for at det foreligger folkerettslige skranker og sikre at disse beføyselsene blir vektlagt i forvaltningens myndighetsutøvelse. Denne innebærer at reglene om bygging av offshore vindkraft er beheftet med en generell reservasjon

²²⁰ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, s. 178.

om folkerettsstrid. Et godt eksempel på denne *henvisningsmetoden*²²¹ finnes i den nye straffeloven.²²² Etter dennes § 2 gjelder lovens bestemmelser med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller folkeretten for øvrig. Begrepet «overenskomster» sikter til konkrete konvensjoner Norge har ratifisert, for eksempel havrettskonvensjonen. Termen «folkeretten» for øvrig leder på sin side oppmerksomheten til alminnelige folkerettslige sedvaneregler som er forpliktende uavhengig av ratifikasjon.

En slik generell bestemmelse har flere fordeler. Selv om den ikke uttrykkelig fremholder innholdet i de internasjonale begrensningene som gjelder, gir den en anvisning på at det foreligger, eller i hvert fall kan foreligge, folkerettslige begrensninger av betydning for offshore vindkraftutbygging. Utformingen gjør den dynamisk og utviklingsdyktig. Folkerettsbegrensningen gjelder uavhengig av endringer i eksisterende forpliktelser eller vedtakelse av nye. Man er dermed ikke avhengig av en formell lovendring dersom Norge blir forpliktet av et nytt og relevant EU-direktiv gjennom EØS-avtalen eller den norske stat ratifiserer en ny overenskomst. I realiteten innfører man derfor en form for *sektormonisme*²²³ der folkeretten gjøres til en del av norsk rett for dette rettsområdets vedkommende.²²⁴

En slik regel vil innebære at folkerettslige regler og skranker får gjennomslagskraft både i saksbehandlingen og i forvaltningens konkrete skjønnsutøvelse. Lovens prosessuelle bestemmelser vil bare gjelde i den grad i er i overensstemmelse med bindende internasjonale krav som påligger Norge. I prinsippet vil man for eksempel ikke trenge å innføre særskilte bestemmelser om konsekvensutredning av miljøkonsekvensene ved planer

²²¹ Ruud og Ulfstein, s. 36.

²²² Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28. (enda ikke trådt i kraft)

²²³ Ruud og Ulfstein, s. 37.

²²⁴ Helgesen, Teorier om folkerettens stilling i norsk rett, s. 53.

eller konkrete tiltak om bygging av offshore vindkraft. Slike saksbehandlingsregler vil gjelde uavhengig av en uttrykkelig lovfesting i regelverket på den bakgrunn av de forpliktelser en rekke konvensjoner pålegger Norge i dette henseende. Dersom det er motstrid mellom de folkerettslige prosesskravene og prosesskravene inntatt i den nasjonale lovgivningen, vil de internasjonale prosessreglene gå foran og fortrenge/modifisere den nasjonale regelen. Folkerettens forrang vil i disse tilfellene følge av den norske bestemmelsen som fremholder at det nasjonale regelverket gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten.

En slik regel vil få lignende konsekvenser for forvaltningens skjønnsutøvelse ved spørsmålet om konsesjon skal gis. En generell regel som gir folkeretten forrang innebærer at forvaltningen som utgangspunkt ikke kan fatte et konsesjonsvedtak i strid med forpliktelsene Norge har påtatt seg av hensyn til andre stater eller av hensyn til miljøet.

Det hjelper dermed for eksempel ikke om et tiltak medfører større fordeler enn ulemper totalt sett dersom det kan konstanteres at utbygging av tiltaket ikke er forenlig med andre staters rett til uskyldig gjennomfart i territorialfarvannet. I disse tilfellene medfører den norske bestemmelsen at den folkerettslige forpliktelsen gis forrang. Og om et konsesjonsvedtak strider i mot internasjonale forpliktelser vil det kunne kjennes ugyldig av domstolene med den bakgrunn at det også strider mot norsk lov.²²⁵

Det følger av lovforslaget at den nye loven skal gjelde med de begrensninger som følger av folkeretten, jf. OED sitt lovforslag § 1-2. Departementet foreslår en generell reservasjon for folkerettsstrid. Dersom regler i den norske loven kommer i konflikt med folkerettslige forpliktelser må dermed den norske regelen modifiseres eller vike.

²²⁵ Eckhoff, Smith, Forvaltningsrett, s. 571-572(materielt ugyldige vedtak) og s. 637(Domstolenes prøvelsesrett).

5.4 Forhåndsåpning av områder?

Etter gjeldende rett finnes det ikke regler som fastsetter at et havområde må være forhåndsåpnet før det er aktuelt å bygge offshore vindkraft der. Riktignok er lokalisering av vindkraftprosjekter innenfor grunnlinjene regulert av energiloven, plan- og bygningsloven og havne- og farvannsloven, og sistnevnte lov kommer også til anvendelse for tiltak i sjøterritoriet. Disse reglene er imidlertid først og fremst utformet for å ta stilling til om tiltakshaver skal få bygge et planlagt tiltak i et bestemt område. De stiller ikke noe krav om at et havområde i forkant av dette, helt uavhengig av om det foreligger konkrete planer, programmer eller søknader om vindkraftanlegg, må være åpent for denne formen for aktivitet. Utenfor territorialgrensen er det i dag tvilsomt om det i det hele tatt finnes regler for lokalisering av vindkraftanlegg.

Et spørsmål som kan reises i forbindelse med utvikling av nye regler for bygging av offshore vindkraft, er om lovverket bør inneholde bestemmelser om forhåndsåpning av bestemte havområder. Dette vil i så fall innebære at tiltakshavere utelukkende kan søke om, og å få innvilget, konsesjon til bygging av vindkraft i sjøområder som er forhåndsbedømt og åpent.

Til sammenligning er petroleumsretten bygget opp rundt et slikt system. Det fremgår av petrl. § 3-1, første ledd at «før åpning av nye områder med sikte på tildeling av utvinningstillatelser, skal det finne sted en avveining mellom de ulike interesser som gjør seg gjeldende på det aktuelle området». Det fremgår dermed en klar forutsetning om at et område må være åpent før det tildeles utvinningstillatelse etter petrl. § 3-3.

I forkant av at et område åpnes for petroleumsvirksomhet skal det foretas en vurdering av interessekonflikten som gjør seg gjeldende på det aktuelle området. Det fremgår i denne forbindelse videre av petrl. § 3-1, første ledd at «under denne avveiningen skal det foretas en vurdering av de nærings- og miljømessige virkninger av petroleumsvirksomheten og mulig fare for forurensninger samt de økonomiske og sosiale virkninger som petroleumsvirksomheten kan ha.

I forkant av at et område åpnes og det kan tildeles konkrete utvinningstillatelser, skal det dermed foretas en bred vurdering av de hensyn og interesser som gjør seg gjeldende. Dette er med andre ord et lovkrav om konsekvensutredninger der man skal vurdere forskjellige virkninger og risiko virksomheten kan medføre.²²⁶ Offentlige myndigheter har dermed adgang til å vurdere til de store interessekonflikter som gjør seg gjeldende ved bruk av havområdene til petroleumsvirksomhet; miljøvern mot næringsliv og sysselsetting, fiskeri og havbruk mot nye næringsveier og distriktpolitiske hensyn.²²⁷

I forhold til offshore vindkraft kan etablering av et likt eller lignende system medføre både ulemper og fordeler. På den ene siden er det ikke tvilsomt at en slik ordning begrenser tiltakshaveres mulighet til å velge hvilke områder han anser som gode til vindkraftproduksjon. Tiltakshaver er nødt til å søke om lokalisering i eller innenfor et areal energimyndighetene har forhåndsgodkjent som egnet for offshore vindkraft. Det er ikke gitt at alle potensielle utbyggere vektlegger de samme faktorer som myndighetene når det skal tas stilling til om og hvor vindkraftanlegg skal plasseres. Det kan for eksempel tenkes at tiltakshaver tar andre mer privatøkonomiske og kommersielle hensyn eller ønsker nær tilknytning til et bestemt lokalsamfunn. En slik generell forhåndsåpning tar med andre ord ikke hensyn til spesielle subjektive forutsetninger hos den enkelte tiltakshaver.

Av flere gode grunner synes likevel fordelene med en slik ordning overveiende. Det vil foretas en tidlig konsekvensutredning av et havområde for å ta stilling til om det på generelt grunnlag er egnet for vindkraftproduksjon. Det foretas dermed en systematisk kartlegging av hvilke mulige virkninger vindkraftproduksjon kan ha, og i hvilken grad man

²²⁶ Lasse Hagen, Ulf Hammer, Thomas Grung Michelet og Trond Stang, *Petroleumsloven med kommentarer* s. 76.

²²⁷ Ingrid Høstmælingen sin masteravhandling, *Etablering av petroleumsvirksomhet i nye områder på norsk kontinentalsokkel*, s. 3.

kan komme i konflikt med andre interesser.²²⁸ Utredningen vil blant annet fremskaffe opplysninger om skipsfart og fiske i området.²²⁹ Dessuten vil det særlig bli søkt å klargjøre hvilke skader vindkraft kan medføre for miljøet, for eksempel bestemte former for marine arter.²³⁰ En tidlig konsekvensutredning i forbindelse med spørsmålet om åpning av et område synes dessuten å være i tråd med EUs direktiv om konsekvensutredning av planer og programmer.²³¹ Etter dette direktivet, som er forpliktende for Norge gjennom EØS-avtalen, skal planer om offshore vindkraftutbygging konsekvensutredes selv om det ikke foreligger søknader om konkrete tiltak, såfremt planene gir retningslinjer for myndighetens senere behandling søknader om utbygging.²³² Regler om forhåndsåpning gir dermed myndighetene mulighet til å involvere alle berørte parter og foreta helhetsvurderinger. Gjennom en slik ordning kan man optimalisere plassering av offshore vindkraft i forhold til nettkapasitet og kraftbehov, samt ta hensyn til miljø og andre næringsinteresser.

Et annet godt argument er at man ved regler om forhåndsåpning begrenser omfanget, i hvert fall det geografiske, av *meldte* prosjekter. For etablering av vindkraft innenfor grunnlinjene er regelverket i dag slik at tiltakshaver skal forhåndsmelde et vindkraftprosjekt til NVE allerede på planleggingsstadiet. Denne ordningen er hjemlet i saksbehandlingsregelen enl. § 2-2 som henviser til reglene om konsekvensutredninger i pbl. kapittel VII-a. Meldingen skal danne grunnlag for de utredninger som skal foretas etter plan- og bygningslovens bestemmelser og har som formål å sørge for at berørte parter får en tidlig varsling om det planlagte prosjektet, jfr. pbl. § 33-2, annet ledd. I praksis har det vist seg at svært mange vindkraftanlegg blir

²²⁸ Se pbl. § 33-1, annet ledd og ny plan- og bygningslov § 14-1, annet ledd.

²²⁹ NVE-Veileder Nr. 1-1998 DEL IV Konsekvensutredninger KU.

²³⁰ Backer, 1997, s. 145 og Winge, s. 24.

²³¹ EU-direktiv 2001/42/EC.

²³² Ot.prp. nr. 32(2007-2008) s. 133.

meldt.²³³ Dette kan ha sammenheng med at forhåndsmelding ikke forplikter tiltakshaver rettslig til verken å søke konsesjon eller foreta andre skritt for å realisere prosjektet. I realiteten kan dermed meldinger innsendes uten at tiltakshaver har som formål å bygge ut vindkraftanlegget, men har mer kommersielle motiver, for eksempel et ønske om å sende signaler til energibransjen at man er i markedet. I forlengelsen av dette finnes det ikke hjemmel i energiloven eller plan- og bygningsloven for å pålegge tiltakshaver å trekke en slik forhåndsmelding.²³⁴ Situasjonen er dermed slik at en rekke vindkraftprosjekter ofte forblir meldt også etter det tidspunkt der det er klart for både myndigheter og tiltakshaver selv at anlegget aldri vil bli bygget.

Konsekvensen av dette meldingssystemet sett sammen med omfanget av meldinger som blir innsendt fører til en uheldig løsning. Meldingen er et signal til omgivelsene om at et vindkraftanlegg er under planlegging og *kan* bli bygget ut. Og selv om det ikke er sannsynlig at vindkraftanlegget som meldes noen gang blir realisert skapes det usikkerhet for andre interesser som kunne ønske å benytte det aktuelle arealet. Det kan for eksempel være vanskelig å planlegge fremtidig turistnæring i eller i nærheten av et slikt «båndlagt» område der det er planlagt vindkraft.

Dersom man ikke legger til rette for særskilt åpning av områder til havs risikerer man en tilsvarende situasjon i sjøterritoriet og i den økonomiske sone som man nå har i indre farvann og på fastlandet. Sjøområdene vil bli dekket med forhåndsmeldinger, og enkelte av meldingene kan inneholde lite eller ingen realitet. Dersom i stedet har forhåndsåpning av et område som vilkår for å søke om konsesjon til å bygge vindkraft vil man kunne unngå noe av den usikkerheten meldingssystemet fører med seg. Når et område først er åpnet, gir dette et signal til andre interesser, for eksempel fiske og

²³³ 24. Oktober 2008 hadde NVE 85 meldte vindkraftanlegg i Norge.

²³⁴ 24. Oktober 2008 hadde bare 11 meldinger om vindkraftutbygging av vindkraft blitt stilt i bero.

skipsfart, at i dette begrensede geografiske havarealet er risiko for at det vil bli bygget vindkraft. Systemet gir dermed offentlige myndigheter bedre muligheter til å styre hvor de ønsker næringen lokalisert, og andre næringer og interesser for på sin side en klarere formening om hvor næringen vil utvikles.

Lovforslagets § 2-2 inneholder en bestemmelse om forhåndsåpning av havarealer. Etter denne foreslåtte bestemmelsens første ledd kan Kongen bestemme at et sjøområde som ligger innenfor lovens geografiske område kan åpnes med sikte på tildeling av konsesjon etter konsesjonsbestemmelsen i forslaget § 3-1. Forslagets § 2-2 annet ledd fastlegger at det ved vurderingen av om et areal skal åpnes for slik virksomhet som loven omfatter skal det:

« foretas en avveining mellom ulike interesser som gjør seg gjeldende på det aktuelle området og det skal utarbeides konsekvensutredninger. Konsekvensutredningene skal inkludere vurderinger av miljømessige og samfunnmessige konsekvenser av fornybar energiproduksjon samt forholdet til andre næringsinteresser.»

Etter bestemmelsens tredje ledd skal disse konsekvensutredningene knyttet til åpning av et havområde legges ut på høring og til offentlig ettersyn. Fjerde ledd inntar dessuten en unntaksbestemmelse der departementet kan gjøre unntak for kravet til forhåndsåpning i *særlige* tilfeller.

5.5 Prekvalifisering?

Når myndighetene først har åpnet et område for vindkraftproduksjon, er spørsmålet hvordan den videre prosessen skal bli. Den nærliggende løsningen er at offentlige myndigheter lyser ut havblokkene som er åpnet etter modell fra olje- og gasssektoren, jfr. petrl. § 3-5. Deretter vil interesserte tiltakshavere kunne søke konsesjon for bygging av offshore vindkraft innenfor det aktuelle området.

I denne forbindelse er det et særlig spørsmål om alle interesserte tiltakshavere bør få mulighet til å søke konsesjon uten videre, eller om man skal ha en form for prekvalifisering av tiltakshaverne. Regler om prekvalifisering gir på den ene siden offentlig myndigheter kontroll med

hvilke aktører som kan søke om konsesjon til bygging av offshore vindkraft. På den andre siden får interesserte tiltakshavere en mulighet for å få vurdert deres egnethet til å bidra til å utvikle offshore vindkraft utenfor norskekysten. Tiltakshavere som uansett ikke vil anses kvalifisert, og som antakelig ikke vil få innvilget konsesjon i en konsesjonsbehandling, kan dermed unngå å bruke ressurser på å planlegge konkrete utbygginger.

Et slikt prekvalifiseringssystem er utviklet i petroleumsretten. Det stilles blant annet krav til at aktørene må kunne bidra til verdiskapning på sokkelen. Selskapene må ha minimumskompetanse innen alle relevante fagfelt, for å være i stand til å analysere, forstå og følge opp operatørens aktiviteter i utvinningstillatelsen. De må også ha tilstrekkelig egen kapasitet og kompetanse til å ivareta gjeldende krav til helse, miljø og sikkerhet m.v.²³⁵

Etter min oppfatning synes imidlertid ikke regler om prekvalifisering påkrevd i regelverket for bygging av offshore vindkraft. Det er grunn til å tro at store og veletablerte aktører, som for eksempel StatoilHydro, vil være den som er best tjent med en slik ordning. Offshore vindkraft er en helt ny næring, og det kan være behov for å slippe frem nye og mindre foregangsaktører som nødvendigvis ikke har så mye erfaring og som kan vise til dokumentert utviklingskompetanse og gjennomføringsevne. Et slikt prekvalifiseringssystem er dessuten heller ikke gjennomført i energiloven som gjelder innenfor grunnlinjene og på land. Sammenhengen i regelverket som gjelder vindkraft på land, i indre farvann og i andre sjøområder, tilsier at man velger en mest mulig lik løsning for bygging av vindkraft uavhengig av hvor den er lokalisert.

Konsesjonshjemmelen i det nye regelverket bør i likhet med enl. § 3-1 utformes vidt og overlate en vesentlig del av spørsmålet om konsesjon skal gis til forvaltningens skjønn. Dette vil avhjelpe fraværet av en prekvalifiseringsordning ved at de forhold den ivaretar kan trekkes inn i selve konsesjonsvurderingen. Dersom det ikke lovfestes klare konsesjons-

²³⁵ St.meld. nr. 38 (2001-02) om olje- og gassvirksomhet s. 58.

kriterier, vil avgjørelse om tillatelse til utbygging måtte foretas helhetlig og på bakgrunn av en konkret vurdering av det omsøkte tiltak. Her vil alle relevante hensyn kunne trekkes inn og tillegges vekt, og det vil måtte være av vesentlig betydning om konsesjonsmyndighetene anser tiltakshaver for å ha kompetanse og ressurser til å realisere det aktuelle prosjekt.

Lovforslagets § 3-3 åpner for at det *kan* gis nærmere forskrift om krav til den tiltakshaver som søker konsesjon, med andre ord en form for prekvalifisering. Bestemmelsen er vidt formulert, og åpner en hjemmel for departementet til å gi slike regler dersom de anser det hensiktsmessig.

5.6 Lovteknisk løsning

Det finnes i hvert fall tre alternative lovtekniske løsninger Lovgiver kan velge der man både kan dekke svakheter i gjeldende regelverk og legge til rette for at folkerettslige forpliktelser blir oppfylt.

Det første alternativet er at *energilovens generelle virkeområde utvides*. Det innebærer at man endrer enl. § 1-1 slik at loven ikke bare gjelder ut til grunnlinjene, men også i sjøterritoriet og den økonomiske sone. Det andre alternativet er å gi en helt *ny og selvstendig lov* som regulerer utbygging m.v. av offshore vindkraft i alle havsoner. Den tredje muligheten er at man beholder gjeldende regulering i energiloven, men inntar et *nytt kapittel* med et særlige regler og et særskilt geografisk virkeområde.

En *endring av energilovens generelle virkeområde* fremstår som en lettvinnt løsning.

Dersom energilovens bestemmelser gis anvendelse i de aktuelle sjøområdene utenfor grunnlinjene oppnår man det etterspurte hjemmelsgrunnlaget offentlige myndigheter er avhengig av for å nekte eller hindre utbygging av offshore vindkraft. Utvides virkeområdet i enl. § 1-1 vil dette samtidig innebære at konsesjonsbestemmelsen i enl. § 3-1 underlegges en tilsvarende utvidelse. Det samme gjelder for saksbehandlingsreglene i enl. § 2-1 som hjemler krav til vedlagte konsekvensutredninger, innsigelsesrett for berørte parter m.v. På samme tid vil endringer i enl. § 1-1 om

virkeområdet også ha betydning for NVEs rolle som kompetent energimyndighet. På bakgrunn av bestemmelsen i enl. § 2-2 er NVEs kompetanse knyttet til lovens bestemmelser og dermed også det til enhver tid gjeldende geografiske virkeområde.

Ivaretagelse av statens *folkerettslige forpliktelser* gjøres best dersom det i tillegg inntas en generell bestemmelse om at reglene i energiloven gjelder med begrensning av det som måtte følge av overenskomst med fremmed stat eller annen folkerettslig sedvane.²³⁶ Internasjonale forpliktelser kan likevel overholdes såfremt energimyndigheten sørger for vedtak innenfor de rammene folkeretten stiller opp. En utvidelse av enl. § 1-1 vil innebære at man viderefører gjeldende regel om anleggskonsesjon i enl. § 3-1 også utenfor grunnlinjene. Denne bestemmelsen overlater energimyndighetene en vid adgang til å foreta en samlet og konkret vurdering av de forhold og hensyn som gjør seg gjeldende ved et omsøkt vindkraftanlegg.²³⁷ Det skulle derfor ikke være rettslige hindringer for at man innen disse vide rammene kan sørge for å sikre oppfyllelse av den norske stats folkerettslige plikter.

Ulempene med en slik ordning er at den ikke uten klare lovendringer vil legge til rette for en ordning med *forhåndsåpning* av havområder der man ønsker å bygge offshore vindkraft.²³⁸ Dersom det ikke gjøres ytterligere endringer, vil en ren utvidelse av energilovens anvendelsesområde trekke med seg systemet med meldinger og de uheldige konsekvensene dette trekker med seg.

Det andre og tredje alternativet er at man enten gir en helt ny lov eller vedtar et nytt og selvstendig kapittel til gjeldende energilov. I realiteten kan det være grunn til å tro at det ikke er så stor praktisk forskjell mellom disse to alternativene.

²³⁶ Se ovenfor punkt 5.3

²³⁷ Se ovenfor punkt 2.3.3.

²³⁸ Se ovenfor punkt 5.4

Fordelen med å vedta en helt ny lov, er at disse reglene i realiteten vil stå *friere* i forhold til reglene som allerede følger av gjeldende energilov. Energiloven har et rettslig konsesjonsrammeverk for bygging av offshore vindkraft i indre farvann. Det er grunn til å tro at den praksis som har utviklet seg for forståelse og bruk av disse reglene vil ha større betydning ved tolkningen av reglene i et nytt kapittel i energiloven enn i en helt annen lov. Som et eksempel på dette kan formålsbestemmelsen i enl. § 1-2 nevnes. Denne antas å gi veiledning i konsesjonsvurderingen etter enl. § 3-1²³⁹, og det vil være naturlig å anta at den vil kunne få en lignende betydning i forhold til en konsesjonsbestemmelse inntatt i et eget kapittel i energiloven. Det er imidlertid tvilsomt om det er rettskildemessig grunnlag for å tillegge enl. § 1-2 særlig vekt ved forståelsen av en konsesjonsregel for offshore vindkraft etter en helt annen lov.²⁴⁰ Vedtakelsen av en helt ny offshore vindkraftlov kan derfor være en god løsning dersom man ønsker et regelverk uten store likhetstrekk med det gjeldende energilov er bygget rundt.

En helt ny lov for offshore vindkraft, eventuelt for utbygging av alle typer havbasert fornybar kraft, har imidlertid også ulemper. For det første er det uklart om en slik ny lov skal omfatte all havbasert vindkraft eller bare den som etableres utenfor grunnlinjene. På den ene siden fremstår det som en unødvendig dobbeltbehandling dersom bygging av offshore vindkraft innenfor grunnlinjene både er underlagt konsesjonsbehandling etter energiloven m.v.²⁴¹ og en ny lov for havbaserte fornybare energier. På den

²³⁹ Winge, s. 44 flg.

²⁴⁰ Dette er det rettskildemessige spørsmålet om hvilken betydning formålsbestemmelsen i energiloven eventuelt skal kunne ha for fastlegging av en konsesjonsregel etter en helt annen lov. Det er ikke snakk om noen analogi, se Eckhoff, s. 140. Argumentene enl. § 1-2 stiller opp må da eventuelt tillegges vekt med grunnlag i kategorien reelle hensyn, jfr. Eckhoff s. 371 flg. Man må med andre ord mene at samfunnsmessig rasjonalitet utgjør et godt og fornuftig konsesjonsvilkår.

²⁴¹ I dette regnestykket kommer hav- og farvannsloven og plan- og bygningsloven også inn.

andre siden skaper det en uklar rettstilstand dersom vindkraft innenfor grunnlinjene behandles etter energiloven, mens vindkraft utenfor grunnlinjene følger en annen konsesjonslov. Den mest ryddige løsningen for både tiltakshavere, sektormyndighet og andre berørte interesser er at offshore vindkraft reguleres av én lov uavhengig om den er påtenkt etablert innenfor eller utenfor grunnlinjene. Man unngår dermed også eventuelle særlige problemer som ville kunne oppstå der et vindkraftanlegg beslaglegger arealer både innenfor og utenfor grunnlinjene.²⁴² Dersom det er aktuelt å vedta en helt ny lov bør denne derfor gjelde all bygging av havbasert vindkraft. Dette innebærer at virkeområdet i gjeldende enl. § 1-1 må innskrenkes til å gjelde energitiltak på norsk fastland.

Alt i alt, fremstår det likevel mest hensiktsmessig å vedta et nytt kapittel til energiloven med et særskilt geografisk virkeområde. For det første har dette den konsekvens at tiltakshavere kan forholde seg til én energilov uavhengig av om tiltaket planlegges innenfor eller utenfor grunnlinjene. Man kompliserer dermed ikke regelverket ytterligere ved å vedta en ny lov som vil komme i tillegg til gjeldende energilov og eventuelt også havne- og farvannsloven og plan- og bygningsloven.

Dette kapittelet kan bygge videre på noen av de grunnleggende reguleringer som er inntatt i eksisterende energilov og som gjelder for vindkraft i indre farvann. NVE bør fortsatt være vedtaksmyndighet med OED som klageinstans. Disse organene har bred erfaring med behandling av energisaker, og det er ikke grunn til at andre enn disse skal være kompetent til å ta avgjørelser i søknader om konsesjon for offshore vindkraft. Videre bør saksbehandlingsreglene i enl. § 2-1 også gjelde utenfor grunnlinjene. Disse stiller krav til konsekvensutredning, høring, innsigelsesmuligheter m.v. Disse reglene legger til rette for en forvarlig saksbehandling der hovedprinsippet er at man søker å få saken faktiske side så godt opplyst som mulig. Reglene er praktisert over tid for tiltak innenfor grunnlinjene, og de er

²⁴² Jfr. Havsul I.

godt innarbeidet hos både myndigheter og tiltakshavere. Det er derfor ingen særlig grunn for at disse ikke også skal komme til anvendelse på saker om offshore vindkraft utenfor grunnlinjene.

Et eget selvstendig kapittel gir også rom for å vedta regler som sørger for at offshore vindkraft utenfor grunnlinjene unngår de reglene i eller i medhold av energiloven som man anser uheldige. En opplagt løsning i denne sammenheng vil være at Lovgiver sørger for å forlate reglene om at planer om vindkraftanlegg kan meldes i et område der tiltakshaver finner det passende, jfr. enl. § 2-1, jfr. pbl. § 33-2. Dette kan gjøres gjennom en særlig regel i kapittelet som krever at et havområde må være forhåndsåpnet før det kan være aktuelt å innvilge anleggskonsesjon. I så tilfelle vil det gi liten mening å sende inn en melding om et planlagt prosjekt i et område som ikke er åpnet.

Grensene som følger av den norske stats folkerettslige forpliktelser sikres lovs rang gjennom en særskilt bestemmelse i dette kapittelet. Dette har sammenheng med at det gjelder utvidede internasjonale skranker for bygging av vindkraft i sjøterritoriet og i den økonomiske sone. Hvilken måte dette gjøres på er ikke avgjørende. En generell reservasjon går likevel lengst i å sikre at bygging av offshore vindkraft skjer i tråd med mellomstatlige forpliktelser til å verne miljøet og ivareta andre staters rett til aktivitet.

Som leseren har forstått har OED gått inn for en løsning der det gis en helt ny lov som omfatter produksjon av fornybar energi fra alle fornybare energikilder utenfor grunnlinjene. Hvorvidt dette er den beste løsningen kan det være delte meninger om. Det blir i hvert fall spennende å se om denne løsningen fastholdes etter høringsrunden.

Kildeliste

Litteratur

- Andenæs, Johs. og Arne Fliflet: *Statsforfatningen i Norge*. 10.utgave. Oslo 2006.
- Andersen, Per Conradi og Per Håkon Høisveen: *Energiloven med forskrifter og kommentarer*. Oslo 1992.
- Anker, Helle T, Birgitte E. Olsen og Anita Rønne: *Legal Systems and Wind Energy Law- A Comperative Perspective*. Foreløpig upublisert, men utgis i nær fremtid gjennom DJØF publishing Copenhagen.
- Backer, Inge Lorange: *Konsekvensutredninger etter norsk rett*. Utgitt I miljøkonsekvensbeskrivning, Ellen Margrethe Basse(red.) Stockholm 1997.
- Backer, Inge Lorange: *Innføring I naturressurs- og miljørett*. 4.utgave. Oslo 2002.
- Bugge, Hans Christian: *Lærebok I miljøforvaltningsrett*. Oslo 2006.
- Bugge, Hans Christian og Christina Voigt: *Sustainable Development in International and National Law*. Oslo 2008.
- Eckhoff, Thorstein: *Rettskildelære*. 5.utgave. Oslo 2001.
- Eckhoff, Thorstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. 6. utgave. Oslo 1997.
- Eide, Erling og Endre Stavang: *Rettsøkonomi I*. Oslo 2005.
- Fleischer, Carl August: *Folkerett*. 8 utgave. Oslo 2005.
- Frank, Veronica: *The European community and marine environmental protection in the international law of the sea*. Leiden/Boston 2007.
- Graaf, Kars de: s. 575 – 588 i *Subtainable Development in International law*. Oslo 2008.
- Hammer, Ulf: *Tilrettelegging av kraftmarkedet*. Oslo 1999.
- Helgesen, Jan Erik: *Teorier om folkerettens stilling i norsk rett*. Oslo 1982.
- Marinsen, Gunnar, Jens F Bibow og Frode Støle: *Energiloven med kommentarer*. Oslo 2004.

Nordquist, Myron H: *United nations convention on the law of the sea 1982, A commentary*. Dordrecht/Boston/London 1991.

Hagen, Lasse: *Petroleumsloven med kommentarer*. Oslo 1989.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein: *Innføring i Folkerett*. 3. utgave. Oslo 2006.

Roggenkamp, Marta M og Ulf Hammer: *European Energy Law Report I*. Antwerpen-Oxford 2004.

Rønne, Anita: s. 239-291 i *Legal System and Wind Energy Law – A comparative Perspective*. Foreløpig upublisert.

Falkanger, Thor, Kjell Haagensen m.fl: *Vassdrags- og energirett*. 2. utgave. Oslo 2002.

Vislie, Ingolf: *Energiloven med kommentarer*. Oslo 1992.

Artikler

Haga, Åslaug: *Europas batteri*. Publisert i Dagens Næringsliv 28. mai 2008.

Scott, Karen N: *Tilting at offshore windmills: Regulating wind farm development within the renewable energy Zone*. Publisert i Journal of Environment Law 2006.

Lovgivning

Lover

1814 Kongeriket Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.

Lov om vitenskapelig utforskning og undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumforekomster (Lov om undersjøiske naturforekomster/kontinentalsokkelloven) av 21. juni 1963 nr. 12.

Lov om behandlingsmåter i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) av 10. februar 1967.

Lov om Norges økonomiske sone (økonomiske soneloven) av 17. desember 1976 nr. 91.

Lov om vern mot forurensning og om avfall (Forurensningsloven) av 13. mars 1982.

Lov om havner og farvann mv. av 8. juni 1984 nr. 51.

1985 Plan- og bygningslov av 14. juni 1985 nr. 77

1990 Lov om produksjon, omforming, omsetning, fordeling og bruk av energi(energiloven) av 29. juni 1990 nr. 50.

Lov om petroleumsvirksomhet(petroleumsloven) av 29.november 1996 nr. 72.

Lov om vassdrag og grunnvann av 24. november 2000 nr. 82.

Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone(territorialfarvannsloven) av 27. juni 2003 nr. 57.

Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28.(Ikke trådt i kraft).

2005 Lov om akvakultur(akvakulturloven) av 17. juni 2005 nr. 79.

2008 Lov om planlegging og byggesaksbehandling(plan- og bygningsloven) (plandelen) av 27. juni 2008 nr. 71.

Forskrifter

FOR-1990-12-07-959 Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m.(energilovforskriften) av 7. desember 1990 nr. 959.

FOR –1994-12-23-1130 Forskrift om fremmede ikke-militære fartøyers anløp av og ferdseil i norsk territorialfarvann under fredsforhold av desember 1994.

FOR-1997-05-02-396 Forskrift om adgang til og opphold på norsk territorium under fredsforhold for fremmede militære og sivile statsfartøyer av 2. mai 1997.

FOR-2002-06-14-625 Forskrift om grunnlinjene for sjøterritoriet rundt Fastlands-Norge av 14. juni 2002 nr. 625.

FOR-2003-06-24-749 Forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker av 24. juni 2003 nr. 749.

FOR-2005-04-01-276 Forskrift om konsekvensutredninger av 1. april 2005 nr 276.

FOR-2006-08-23-993 Forskrift om delegering av myndighet til Norges vassdrags- og energidirektorat etter energiloven av 23. august 2006 nr. 993.

Konvensjoner/traktater

| | | |
|------|----------------------------|---|
| 1982 | Havrettskonvensjonen | The United Nations Convention on the Law of the sea. |
| 1992 | Klimakonvensjonen | The United Nations Convention on Climate Change |
| 1992 | Biodiversitetskonvensjonen | Convention on Biological Diversity |
| 1979 | Bern-konvensjonen | Konvensjonen om vern av ville europeiske planter og dyr, og deres naturlige leveområder |
| 1979 | Bonn-konvensjonen | Konvensjon om langtransportert, grenseoverskridende luftforurensning |
| 1992 | OSPAR-konvensjonen | Convention for the Protection of the Maritime Environment of the North East Atlantic |
| 1991 | Espoo- konvensjonen | Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context |
| 1957 | Roma-traktaten | Traktat om opprettelsen av det økonomiske fellesskap |
| 1992 | EØS-avtalen | Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde |

EU-direktiver

| | |
|--------------------|--|
| Rdir 85/337/EEC | Rådsdirektiv av 27. juni 1985 om vurdering av visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger. |
| EP/Rdir 96/92/EF | Europaparlaments- og Rådsdirektiv av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet. |
| EP/Rdir 2000/60/EF | Europaparlaments- og Rådsdirektiv av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for fellesskapets vannpolitikk |
| EP/Rdir 2001/42/EC | Europaparlaments- og rådsdirektiv av 27. juni 2001 om vurdering av miljøvirkningene av visse planer og programmer. |

Dommer

Rt. 1997. s. 580

Internasjonale dommer

Finnland v. Danmark International Court of Justice, The Hague, 29. juli 1991

EF/EØS-dommer

Sak C-435/97 World Wildlife(WWF) m.fl. mot Autonome Provinz Bozen m.fl. Saml.
1999 s. I-05613

Sak C-72/95 Aannemersbedrijf P.K: Kraaijeveld BV e.a. mot Gedeputeerde Staten van
Zuid-Hollans. Saml. 1996 side I- 05403

Sak C-431/92 Kommissjonen for der europeiske fellesskap mot Forbundsrepublikken
Tyskland. Saml. 1995 side I-02189

Forarbeider

| | |
|---------------------------|---|
| NOU 1985:9 | Energilov |
| NOU 2003:14 | Bedre kommunal og regional samordning etter plan- og bygningsloven |
| NOU 2004:28 | Om lov om bevaring av nature, landskap og biologisk mangfold |
| NOU 2006:18 | Et klimavennlig Norge. Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 11. mars 2005 |
| Ot.prp.nr. 75 (1962-63) | Kontinentalsokkeloven |
| Ot.prp.nr. 11 (1979-1980) | Om lov om vern mot forurensninger og avfall |
| Ot.prp.nr. 3 (1983-84) | Lov om havner og farvann |
| Ot.prp.nr. 56 (1984-85) | Plan- og bygningslov |
| Ot.prp.nr. 73 (1988-89) | Energilov |
| Ot.prp.nr. 43 (1989-90) | Energilov |

| | |
|------------------------------|---|
| Ot.prp.nr. 43 (1995-96) | Om lov om petroleumsvirksomhet |
| Ot.prp.nr. 56 (2000-2001) | Om endringer I energiloven |
| Ot.prp.nr. 32 (2007-2008) | Plan- og bygningslov |
| Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) | Om lov om havner og farvann. |
| Innst. S.nr. 168 (1992-1993) | Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om samtykke til ratifikasjon av en konvensjon om biologisk mangfold av 22. mai 1992. |
| St.prp.nr. 1 (2006-2007) | For budsjettåret 2007. |
| St.meld.nr. 29 (1998-1999) | Om energipolitikken |
| St.meld.nr.34(2006-2007) | Norsk Klimapolitikk |
| St.meld.nr.38 (2001-2002) | Om olje- og gassvirksomhet. |

Nettdokument

| | |
|--|--|
| Norges Fiskarlag www.fiskarlag.no | Landmøte 2007, landsmøtesak 5. |
| FNs klimapanel | www.ipcc.ch |
| Statens forurensningstilsyn | www.sft.no |
| Avtale om klimamelding | www.regjeringen.no |
| European Wind Energy Association | www.ewea.org |
| Lyse Energi | www.lyse.no |

Personlig meddelelse

Olsen, Arne i Norges Vassdrags- og energidirektorat. E-post 1. juli 2008

Rapporter

Energirådet: Vindkraft, Offshore- Industrielle muligheter for Norge. Fremlagt I Energirådet 26. mai 2008.

Mulitconsult for Olje- og energidepartementet: Areakonflikter ved etablering av vindkraftverk og bølgekraftverk I Norskehavet. 11. april 2008

Verdenskommisjonen for miljø og utvikling: «Brundtland-rapporten» Vår felles framtid 1987.

Den danske energistyrelsen Havmølleparker og miljøet- Erfaringer fra Horns Rev og Nysted fra 27. November 2006

Annet

NVE, ENOVA, Forskningsrådet og Innovasjon Norge, Fornybar energi 2007. www.fornybar.no 2. januar 2007

NVE-Veileder Nr.1-1998 DEL IV Konsekvensutredninger KU

Enovas potensialstudie av havenergi 23.10.2007

Lyse energi. Melding om planlegging av sørlige Nordsjøen Vindkraftanlegg. Stavanger januar 2008. Saksnummer 200800325 hos NVE

Høstmålingen, Ingrid. Masteroppgave. Etablering av petroleumsvirksomhet I nye områder på norsk kontinentalsokkel. Oslo april 2006.

Borthen, Nina. Masteroppgave. Avveiningen mellom globale og locale miljøhensyn I energisaksbehandlingen.

Winge, Nikolai. Masteroppgave. Fri vei mot 10 TWh? En drøftelse om gjeldende rettsregler gir de berørte miljøinteresser tilstrekkelig rettsikkerhet I vindkraftsaker. 22. oktober 2007.

Pressemelding fra Olje- og energidepartementet Nr. 142 2006

Miljøverndepartementet. Retningslinjer for behandling av støy I arealplanlegging. T-1442.

NVE konsesjonsvedtak. Havsul I AS. Konsesjonssøknad for Havsul I offshore vindkraftverk med tilhørende infrastruktur I Sandøy og Aukra kommuner. Sammenfatning av høringsuttalelse og bakgrunn for vedtak. Saksnummer 200704080-36

NVE- konsesjonsvedtak Saksnummer 200736444

NVE- Melding. Saksnummer 200704983.

Miljøverndepartementet. T- 1395 I: Planjuss nr. 1/2002

Sjørettsfondets utgivelser

Bøker og tidsskriftet MarIus distribueres via nettbokhandelen Audiatur og andre bokhandlere. Abonnement på MarIus kan bestilles hos Audiatur. Prisinformasjon ligger på www.audiatur.no . Nedenfor er en oversikt over Sjørettsfondets siste utgivelser. Fullstendig oversikt finnes på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: www.jus.uio.no/nifs/forskning/publikasjoner

- 375 VEGGE, Kristen Ny institusjonell regulering av det finansielle kraftmarkedet. Særlig unntakene fra reglene. 2009. 87 s.
- 376 SIMPLY Yearbook 2008, 2009. 451 s.
- 377 EGGE, Audun
Hagene Personell kompetanse i akuttsituasjoner til sjøs. 2009. 152 s.
- 378 KRISTOFFERSEN, Simen Sjøveisreglene og den erstatningsmessige uaktsomhetsstandard ved sammenstøt mellom fartøyer. 2009. 82 s.
- 379 KAURIN, Kjersti Nettleieavtaler med forbruker En fremstilling av nettleieforholdet etter reguleringen i forbrukerkjøpsloven. 2009. 155 s.
- 380 FODCHENKO, Irina Utenlandsk deltakelse i petroleumsvirksomhet på russisk kontinentalsokkel – hovedtrekk ved Russlands petroleumsregimer med referanse til det norske konsesjonssystemet. 2009. 222 s.
- 381 JOHANSEN, Therese Locus standi for environmental organisations before the European Court of Justice – implications of the Århus Convention. 2009. 90 s.
- 382 LØVGAARD
ULVUND, Sindre Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming? En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk. 2009. 135 s

Bøker utgitt av Sjørettsfondet fra 1990

- Syversen, Jan: **Skatt på petroleumsutvinning**. 762 s. 1991. ISBN 82-90260-33-4
Kr. 50.-
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: **Skipsfart og samarbeid**. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 1991. Kr. 50.-
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: **Håndbok i kaskoforsikring** På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. Kr. 100.-.
- Hans Peter Michelet: **Last og ansvar**. Funksjons- og risiko-fordeling ved transport av gods under tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993. Kr. 50.-
- Røsæg, Erik: **Organisational Maritime Law**. 121 s. 1993. (Utsolgt)
Kr. 100.-.
- Nygaard, Dagfinn: **Andres bruk av utvinningsinnretninger**. 365 s. 1997. Kr. 100.-.
- Bull, Hans Jacob: **Hefte i sjøforsikringsrett**. 60 s. 2. utg. (Utsolgt)
1997. Kr. 60.-.
- Michelet, Hans Peter: **Håndbok i tidsbefraktning**. 600 s. 1997. Kr. 100.-
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: **Næringsreguleringsrett** 187 s. 1998. Kr. 150.-.
- Brautaset, Are, Eirik Høyby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: **Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer** 611 s. 1998. Kr. 100.-.
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: **Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett**. 344 s. 2005.
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: **Sjørett**. 7. utg. 602 s. 2010. ISBN 978-82-90260-48-9

NY BOK: ”Innføring i sjørett” er blitt til ”Sjørett”

”Sjørett” gir en fremstilling av hovedprinsippene i sjøretten, med hovedfokus på den privatrettslige sjøretten. Den tar utgangspunkt i den fellesnordiske sjøloven, som igjen bygger på sentrale sjørettslige konvensjoner. I tillegg legger boken vekt på de mange standardkontraktene som finnes på området.

Boken er på i alt 602 sider. Den er utstyrt med omfattende lov-, forskrifts- og standarddokumentregister, domsregister og stikkordregister.

Forfatterne er begge professorer i rettsvitenskap ved Nordisk Institutt for Sjørett, Universitetet i Oslo.

Hva er nytt?

Boken er en videreføring av ”Innføring i sjørett”. Siden den har vokst fra utgave til utgave, er ordet innføring sløffet i den 7. utgaven. Siden 6. utgave kom i 2004, er det kommet flere viktige lovendringer: sjødyktighetsloven er avløst av skipssikkerhetsloven, sjøforklaringsinstituttet er erstattet med regler om undersøkelser av sjøulykker og det er nye regler om ansvar for bunkersoljesøl. Heller ikke domstolene har vært uvirksomme. I den nye utgaven er det f.eks. henvist til 55 nye dommer (herunder en rekke voldgiftsdommer) i Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender. Teksten er i sin helhet gjennomgått med et kritisk blikk.

Hvem kan ha nytte av boken?

”Sjørett” ble opprinnelig skrevet som en lærebok, men med det brede tilfang av materiale som boken redegjør for eller henviser til, fremstår den i dag som en håndbok i sjørett. Dermed vil den ha interesse i hele Norden for studenter ved universiteter og høyskoler, for advokater og dommere og for ansatte i rederier, banker, forsikringsselskaper, enten de er jurister eller ikke.

Boken kan bestilles fra nettbokhandelen Audiatur.no: www.audiatur.no, epost kontakt@audiatur.no eller annen bokhandel.

Thor Falkanger, Hans Jacob Bull: Sjørett

Sjørettsfondet akademisk 2010, ISBN 978-82-90260-48-9, ib., 602 sider, 400 kr.

Det foreligger også en engelsk versjon, basert på 6. utgave, som skal oppdateres.

Thor Falkanger, Hans Jacob Bull, Lasse Brautaset:

Scandinavian maritime law : the Norwegian perspective

Universitetsforlaget 2004, ISBN 978-82-15-00529-2, ib., 609 sider, 629 kr.

Sjørettsfondets utgivelser: Ny distribusjonsordning

Bøker og tidsskriftet MarIus distribueres nå via nettbokhandelen Audiatur og andre bokhandler. Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke lenger bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av MarIus er oppdatert på www.audiatur.no For bestilling, klikk på Sjørettsfondets banner nede til venstre på siden.

For abonnement vil prisen variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. For å bestille abonnement, send epost til: kontakt@audiatur.no

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes i hver tiende utgave av MarIus (370, 380 osv.) og på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: www.jus.uio.no/nifs/forskning/publikasjoner

Om Sjørettsfondet

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet MarIus, inkludert Scandinavian Institute of Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY), publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.