

MARIUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Karina Kviebakk Mauren

Sameksistens til sjøs

Ivaretagelse av miljø- og arealinteresser gjennom reglene for strategisk planlegging av havvind

Sameksistens til sjøs

Ivaretagelse av miljø- og arealinteresser
gjennom reglene for strategisk planlegging
av havvind

Karina Kviebakk Mauren



MarIus No. 563
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2022

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Året 2020 var jeg vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett, og skrev denne teksten om havvind og sameksistens som min masteroppgave hos Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Oppgaven ble levert i februar 2021.

Regelverket i havvind er imidlertid i rask endring og siden sensur av oppgaven har regjeringen lagt frem Meld. St. 36 (2020–2021) Energi til arbeid, forslag til endringer i havenergiloven og tilhørende forskrift, samt laget utkast til en veileder til konsesjonsprosessen. Oppgaven er derfor redigert noe på bakgrunn av dette. Eksempelvis var departementets standpunkt ved innlevering av oppgaven at det ikke skulle gjennomføres en ny prosess for å finne aktuelle områder for havvind med det første. En av delkonklusjonene i min oppgave var at det burde gjennomføres en ny kartleggingsprosess før en åpnet flere områder. I juni 2021 snudde imidlertid regjeringen og har nå uttalt at en ny kartlegging vil finne sted innen kort tid. Mesteparten av oppgaven står imidlertid slik den gjorde til sensur, men er om mulig enda mer aktuell i dag enn når den ble skrevet.

Mange skal takkes for at denne oppgaven kom i havn. En stor takk går først og fremst til min veileder Katrine Broch Hauge, som utfordret meg og heiet på meg gjennom hele arbeidet. Jeg må også takke Henrik Bjørnebye, Kirsti Bull, Hans Jacob Bull, Ivar Alvik og Ola Mestad for diskusjoner, innspill og motivasjon underveis i arbeidet.

Noe av det fineste med å være vitenskapelig assistent er også det miljøet assistentene skaper seg imellom. En stor takk går derfor til alle de vitenskapelige assistentene jeg fikk dele tiden med. Når en sitter med hvert sitt store prosjekt, er det godt å kunne bytte på å bli oppmuntret og å oppmuntre andre. En særlig takk til Ingeborg og Vinh som leste gjennom oppgaven min og ga meg uvurderlig tilbakemelding. Og til mitt eget kull; Mira, Simen, Åse og Sigve. Spillkvelder, julemiddag og ølsmaking med dere utgjorde en stor forskjell når universitetet og resten av verden stengte ned.

Særlig takk til Mira som jeg har vært så heldig å få dele store deler av studietiden med, og som jeg også endte opp med å dele kontor med i vit. ass-tiden. Studietiden og særlig året som vit.ass ville aldri blitt det samme uten deg. Takk for tryggheten du ga meg når jeg stod overfor vanskelige veivalg i oppgaven, og for alt du alt du bidro med på den sosiale fronten.

Takk også til familien og samboeren min, Sigbjørn, som passet på at jeg ikke glemte at det finnes en verden utenfor universitetets fire vegger. Og som holdt meg i hånden gjennom berg- og dalbanen som 2020 var.

Karina Kviebakk Mauren
Juni 2022, Ålesund

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	9
1.1 Tema og aktualitet	9
1.2 Problemstillinger og avgrensninger.....	10
1.3 Nærmere om havvind	12
1.3.1 Status for havvind i Europa og Norge – faktisk og politisk.....	13
1.3.2 Arealbruk og utfordringer	15
1.4 Metode og kildetilfang.....	17
1.5 Fremstillingen videre	19
2 OVERORDNEDE RAMMER.....	20
2.1 Innledning	20
2.2 Folkerettslige utgangspunkter	20
2.3 Noen sentrale miljørettslige normer og prinsipper.....	22
3 HAVENERGILOVENS SYSTEM	26
3.1 Innledning	26
3.2 Havenergiloven § 1-1: Lovens formålsbestemmelse	26
3.3 Havenergiloven § 1-2: Lovens virkeområde.....	26
3.3.1 Saklig virkeområde	27
3.3.2 Stedlig virkeområde	28
3.4 Havenergiloven § 2-2: Åpning av områder	29
3.5 Havenergilovens kapittel 3: Konsesjonsprosessen	30
4 SEKTOROVERGRIPENDE PLANLEGGING	34
4.1 Innledning	34
4.2 Plan- og bygningslovens betydning for havvind	34
4.2.1 Lovens anvendelse i sjø.....	34
4.2.2 Oversikt over plan- og bygningslovens regler	36
4.2.3 Plan- og bygningslovens anvendelse på havvindutbygging	38
4.3 Havvind og helhetlige forvaltningsplaner for hav.....	46
4.3.1 Formålet med og innholdet i forvaltningsplanene	47
4.3.2 Forvaltningsplanens føringer for havvind	50
4.4 Samlet vurdering av de sektorovergripende planreguleringene	56

5	OM ÅPNING AV OMRÅDER FOR HAVVIND.....	58
5.1	Innledning	58
5.2	Hvilke områder kan åpnes?.....	60
5.3	Innledende vurdering av aktuelle områder.....	63
5.3.1	Prosessuelle rammer for arbeidet med arealavgrensningen	64
5.3.2	Aktuelle havområder og kriterier for valg av områder	66
5.3.3	Betydningen av arealavgrensningen for den videre prosessen.....	69
6	KRAV TIL UTREDNING AV KONSEKVENSER	71
6.1	Innledning	71
6.2	Generelt om krav til konsekvensutredning	72
6.2.1	Grunnloven § 112 og naturmangfoldloven § 8 om overordnede krav til utredning	73
6.2.2	EU-rettens konsekvensutredningsdirektiv og forholdet til havenergiloven	75
6.3	Den EØS-rettslige plikten til å utrede strategiske beslutninger om havvind.....	76
6.3.1	EØS-avtalens geografiske virkeområde.....	77
6.3.2	Krav til strategisk konsekvensutredning etter plandirektivet.....	81
6.4	Utarbeiding av utredningsprogram i forkant av konsekvensutredning	88
6.5	Innholdsmessige krav til konsekvensutredningen	90
6.5.1	Plandirektivets artikkel 5 (1): Innholdskrav	92
6.5.2	Plandirektivet artikkel 5 (2) og (3): Modifikasjon av innholdskravet	98
6.5.3	Oppsummering.....	104
6.6	EØS-rettslige krav til gjennomføring av plandirektivet for havvind.....	105
6.7	Utvalgte spørsmål om ugyldighet og overprøving.....	107
6.7.1	Prøvingsintensitet ved vurdering av konsekvensutredninger	108
6.7.2	Forholdet mellom plandirektivet og den norske ugyldighetslæren	111

7	BESLUTNING OM ÅPNING AV OMRÅDE	116
7.1	Innledning	116
7.2	Krav til høring i forkant av beslutningen	116
7.3	Hvem er beslutningstaker?	117
7.4	Vurderingstema ved åpning av områder.....	118
7.5	Adgang til å sette rammer for utbygging	124
8	SAMLET VURDERING AV REGLENE OM ÅPNING AV OMRÅDER	127
9	HAVVIND UTENFOR OMRÅDER ÅPNET FOR KONSESJON?.....	129
9.1	Innledning	129
9.2	Oversikt over unntakshjemlene og veien videre.....	129
9.3	Havenergiloven § 2-2 (4): Unntak fra reglene om åpning av område.....	130
9.4	Havenergiloven § 1-2 (6): Tilsidesettelse av loven når tiltak omfattes av annen lov	135
9.4.1	Kort om behandling av havvindinstallasjoner etter petroleumsloven	138
9.5	Samlet vurdering av unntakshjemlene.....	141
10	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG BETRAKTNINGER.....	143
10.1	Innledning	143
10.2	Regelverket gir stor makt til energimyndighetene.....	143
10.3	Havenergilovens regler om planlegging må videreutvikles	144
10.4	Loven gir vide unntak for petroleumstilknyttede installasjoner.....	146
	LITTERATURLISTE.....	147
	Norske rettskilder.....	147
	Internasjonale rettskilder	158
	Litteratur.....	163

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for denne oppgaven er regelverket for planlegging av vindmølleparker til sjøs. Hovedformålet er å undersøke de materielle, personelle og prosessuelle kravene som gjelder på planleggingsstadiet og hvordan disse ivaretar miljøinteresser og andre aktører til sjøs. På bakgrunn av dette vurderer jeg hvordan regelverket tilrettelegger for sameksistens mellom næringene som opererer til sjøs, innenfor miljøets tålegrense.

I dag er det bare én vindmølle i norske farvann.¹ Det er likevel mye som tyder på at det snart vil være flere. Våren 2020 ble det gitt godkjenning til Norges første flytende havvindpark i tilknytning til petroleumsplattformer.² Kort tid senere vedtok regjeringen å åpne for innsending av konsesjonssøknader i to områder; Utsira Nord og Sørilige Nordsjø II.³ Når flere næringer etablerer seg i sjøområdene blir det større konkurranse om egnede områder. Økningen i aktivitet fører til et større press på naturressursene i havet. At havvind bidrar til å øke konfliktnivået illustreres av en ny rapport om sameksistens til sjøs.⁴ I rapporten fremkommer det at havvind er blant de tre sektorene som næringene til sjøs opplever størst konflikter med, til tross for at de foreløpig beslaglegger svært lite areal. Dette begrunnes i rapporten med at flere har opplevd planleggingen av havvind så langt som utfordrende. Fiskeriorganisasjoner er blant de som har vært mest kritisk til utbyggingen av havvind.⁵

Fra politisk hold er det et uttalt mål om sameksistens mellom de ulike aktørene til sjøs.⁶ Samtidig er det en tendens til at beslutninger om arealbruk i økende grad skjer gjennom overordnet og strategisk plan-

¹ Karmøy Hywind – oversikt (u.å.).

² Regjeringen (2020).

³ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b).

⁴ Menon Economics (2020) s. 80–81.

⁵ Molde (2019).

⁶ Se eksempelvis Meld. St. 20 (2019–2020) kap. 7, St. Meld. nr. 19 (2004–2005) s. 118 og Innst. 176 L (2009–2010) s. 10.

legging, også kalt systembeslutninger.⁷ Hvor vurderingene tidligere ble tatt gjennom enkeltavgjørelser, tas de viktigste beslutningene nå allerede på planstadiet.⁸ Dette reiser spørsmål om planleggingsreguleringen har tilstrekkelige rettslige virkemidler til å ivareta de berørte aktørenes interesser.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Formålet med oppgaven er først og fremst å gjøre rede for gjeldende rett. Havvind er fortsatt et relativt nytt juridisk område, og det er derfor interessant i seg selv å undersøke hva rettstilstanden er. Videre er formålet å finne ut hvordan regelverket bidrar til sameksistens, gjennom å identifisere, kartlegge og hensynte motstridende interesser. Sameksistens forstås her som at de ulike interessene skal kunne leve side om side.⁹ Aktører kan sameksistere med forskjellig grad av konfliktnivå, men for denne oppgaven tas det utgangspunkt i et mål om lavest mulig konfliktnivå. Gode miljøforhold er også en forutsetning for sameksistens på lang sikt.¹⁰ Næringsaktørene som opererer til sjøs er på ulike måter avhengige av jordas ressurser og vil være tjent med en situasjon som opprettholder jordens ressursproduksjon. Rettsregler som i utgangspunktet tar sikte på å ivareta miljø vil derfor også vurderes. Oppgaven vil i all hovedsak bestå av en rettsdogmatisk analyse, som vil suppleres med noen rettspolitiske betraktninger og paralleller til andre konsesjons- og planleggingssystem.

Oppgaven forsøker å besvare tre ulike spørsmål. Det første spørsmålet er i hvilken grad havvind omfattes av sektorovergripende planleggingsregelverk. På land er plan- og bygningsloven¹¹ den sentrale loven for sektorovergripende arealplanlegging.¹² Loven har blant annet som formål

⁷ Boe (1993) s. 371.

⁸ Boe (1993) s. 371.

⁹ Se nærmere om sameksistensbegrepet i Menon Economics (2020) s. 30–33.

¹⁰ Menon Economics (2020) s. 28–34 om sammenhengen mellom sameksistens og bærekraft.

¹¹ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

¹² Bugge (2019) s. 206.

å samordne ulike organers oppgaver og sikre «åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning» i planarbeidet.¹³ Plan- og bygningsloven gjelder likevel bare ut til én nautisk mil utenfor grunnlinjen.¹⁴ Utenfor plan- og bygningslovens virkeområde, har det ikke vært sterke tradisjoner for sektorovergrepene planlegging. I 2002 startet imidlertid arbeidet med utarbeiding av helhetlige forvaltningsplaner til havs.¹⁵ Jeg vil derfor også vurdere hvilken betydning dette verktøyet har for havvind. For å vurdere disse spørsmålene vil det være nødvendig å si noe om planenes karakter og innhold.

Det neste spørsmålet er hvordan havenergiloven¹⁶ selv legger opp til planlegging av havvind og hvordan andre aktører og miljøet ivaretas gjennom dette regelverket. Dette omtales gjerne som sektorplanlegging.¹⁷ Havenergiloven § 2-2 gir Kongen i statsråd kompetanse til å angi områder hvor private aktører kan søke om konsesjon, også kalt åpning av områder. Loven oppstiller personelle, prosessuelle og materielle kompetansebetingelser for slik åpning, som jeg vil analyseres nærmere.¹⁸ Hovedvekten av analysen knytter seg til de prosessuelle kravene, ettersom dette gjerne er de viktigste virkemidlene berørte interesser har for å bli hørt, i en avgjørelse hvor myndighetene har et stort skjønnsrom.¹⁹ En problemstilling vil være hvilke krav som stilles til konsekvensutredning av planene etter havenergiloven og EUs plandirektiv.²⁰

Det siste spørsmålet er hvilken adgang loven gir til å bygge havvinnanlegg i områder som ikke er åpnet etter reglene i havenergiloven § 2-2. Både havenergiloven § 1-2 (6) og § 2-2 (4) åpner for at det kan gis unntak fra kravet. Dette er særlig aktuelt når havvinnanlegg tilknyttes petroleumsinstallasjoner, siden det er vanskelig å inkludere slike anlegg

¹³ Plan- og bygningsloven § 1-1 (2) og (4).

¹⁴ Plan- og bygningsloven § 1-2 (2).

¹⁵ St.meld. nr. 12 (2001–2002) s. 16–17.

¹⁶ Lov 4. juni 2010 nr. 21 om fornybar energiproduksjon til havs (havenergiloven).

¹⁷ Backer (2012) s. 176.

¹⁸ Winge (2013) s. 59 og Eng (2007) s. 86–86. Bernt (2007) s. 57 omtaler det i stedet som ulike kompetansenormer, heller enn betingelser for en norm.

¹⁹ Bugge (2019) s. 174.

²⁰ Dir 2001/42 EC (plandirektivet).

i den overordnede planleggingen. Samtidig er det en fare for at omfattende unntak fra planleggingsplikten vil kunne uthule de fordelene helhetlig planlegging kan gi. Jeg vil derfor undersøke nærmere i hvilke tilfeller departementet har anledning til å gi unntak.

Planlegging av energiforsyning, slik som tilkobling til strømmettet på land, sikring av strøm til antatt fremtidig forbruk og utbygging av et kabelnett til sjøs faller naturlig utenfor oppgaven.²¹ Energiforsyning reiser mange juridiske spørsmål som det ikke er rom til å utforske i denne oppgaven. Her er det nok å konstatere at dette er viktige forhold, som vil kunne ha innvirkning på hvor anleggene plasseres. Jeg vil heller ikke vurdere forholdet til samiske interesser, ettersom det reiser en rekke menneskerettslige spørsmål som faller på siden av formålet med denne oppgaven. Oppgaven er videre avgrenset til den overordnede planleggingen av havvind. Konesjonsprosessen vil bare utforskes i den grad det er nødvendig for å forklare havenergilovens system og planleggingsreglene.

1.3 Nærmere om havvind

Oppgaven gjelder vindturbiner satt opp i sjø, i motsetning til på land. Dette omtales ofte som havvind, vindkraft til havs eller på engelsk; offshore wind. Bruken av ordene «hav» og «offshore» gir assosiasjoner til anlegg langt til havs. Rent faktisk er imidlertid de fleste havvinnanlegg i dag relativt kystnære, selv om anleggene plasseres stadig lengre ut.²² I Norge har det vært en tendens til å skille mellom vindkraft innenfor og utenfor grunnlinjen. Dette skyldes nok at energiloven²³ gjelder innenfor grunnlinjen og havenergiloven utenfor. Etter vedtakelsen av havenergilovforskriften gjelder imidlertid havenergiloven § 2-2 om åpning av områder, som jeg behandler i denne oppgaven, i begge områdene.²⁴ Jeg vil derfor

²¹ Slike forhold er til en viss grad vurdert i Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 32–33 og s. 43–47, samt Kgl.res. av 12. juni 2020 (a) s. 18–19.

²² Wind Europe (2020) s. 20.

²³ Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m (energiloven).

²⁴ Havenergilovforskriften § 1 (2), jf. havenergiloven § 1-2 (7) og energiloven § 1-1 (3).

også behandle vindkraft innenfor grunnlinjen. Hvor distinksjonen har betydning vil dette fremkomme av sammenhengen.

Det er vanlig å skille mellom to hovedtyper av havvindteknologier; bunnfaste og flytende turbiner. Bunnfaste turbiner er det vanligste i dag. De består som oftest av elementer som bores flere meter ned i havbunnen og kan benyttes på havdyp ned til 70 meter.²⁵ Flytende installasjoner er ulike former for flytende turbin- og plattforminnretninger som ankres fast til havbunnen.²⁶ Disse benyttes på havdyp mellom 120 og 400 meter, men teknologien er mer fleksibel slik at den kan fungere både på grunnere og dypere områder.²⁷ Hywind-teknologien, som planlegges brukt i Norge, benytter flytende turbiner.²⁸

1.3.1 Status for havvind i Europa og Norge – faktisk og politisk

Havvind har de siste årene fått sterkere fotfeste i flere europeiske land. Storbritannia leder an med 2 225 vindmøller, fordelt på 40 vindparker, med en samlet kapasitet på 9 945 MW ved utgangen av 2019. Tyskland, Danmark, Belgia og Nederland produserer også betydelige mengder energi gjennom vindinstallasjoner til havs.²⁹ Til sammen er det i Europa havvindinstallasjoner i drift tilsvarende 22 072 MW. Av dette kommer bare 45 MW fra flytende havvind, men tallet er forventet å øke betydelig de neste 3 årene.³⁰ EU-kommisjonen har uttalt at utbyggingen av havvind vil være essensiell for å nå klimamålene satt for 2030 og 2050.³¹ EU lanserte sin «Offshore Wind Strategy» i november 2020.³² Her uttrykker kommisjonen et mål om 60 GW havvind i 2030, og 300 GW i 2050.³³

²⁵ NVE (2010) s. 19 og 22–24..

²⁶ NVE (2010) s. 24–25.

²⁷ NVE (2010) s. 19.

²⁸ NVE (2010) s. 24.

²⁹ Wind Europe (2020) s. 11.

³⁰ Wind Europe (2020) s. 21.

³¹ COM(2019) 640 final pkt. 2.1.2.

³² COM(2020) 741 final.

³³ COM(2020) 741 final s. 1–2.

Den norske regjeringen la frem en stortingsmelding om norsk klimapolitikk i 2007, hvor havvind nevnes som et viktig satsningsområde.³⁴ Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti, Senterpartiet, Høyre, Kristelig Folkeparti og Venstre ble på bakgrunn av meldingen enige om at det skulle utarbeides en nasjonal strategi for marine fornybare energikilder. Strategien skulle blant annet redegjøre for nødvendige lovendringer og vurdere potensielle plasseringer «hvor hensynet til fiskeriene, det marine miljøet og andre næringer ivaretas».³⁵ Avtalen førte til at havenergiloven ble vedtatt i 2010. Vedlagt i odelstingsproposisjonen var også «Strategi for fornybar energiproduksjon til havs».³⁶ I etterkant av lovvedtakelsen har det vært et arbeid med utredning av aktuelle områder. En arealavgrensning ble gjennomført i 2010, og en strategisk konsekvensutredning av disse områdene ble gjennomført i 2012, med oppdateringer i 2018.³⁷ Disse vil omtales i mer detalj i kapittel 5 og 6.

Regjeringen uttalte i 2016 at «utbygging av vindkraft til havs i stor skala ikke er realistisk i Norge på kort til mellomlang sikt».³⁸ Ved inngangen til 2020 var Hywind Vindkraftverk utenfor Karmøy, et demonstrasjonsanlegg med én vindturbin, som nevnt det eneste havvinnanlegget i drift.³⁹ Det har også blitt gitt tillatelse til et annet prosjekt, Havsul I utenfor Sunnmøre, men utbyggingen av anlegget har vært utsatt i lang tid og søknad om fortsatt utsettelse ble avslått i 2021.⁴⁰ Manglende utbygging i Norge skyldes blant annet utfordrende dybdeforhold og manglende lønnsomhet.⁴¹ Samtidig har Norge gode vindforhold til sjøs og erfaringer fra oljenæringen som kan gi fordeler ved en havvindutbygging.⁴² Havvind

³⁴ St.meld. nr. 34 (2006–2007) s. 59.

³⁵ Klimaavtalen (2008) s. 5.

³⁶ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 11–46.

³⁷ Se NVE (2010), NVE (2012) og NVE (2018).

³⁸ Meld. St. 25 (2015–2016) s. 194.

³⁹ Se oversikten over vindkraftanlegg; NVE (u.å.).

⁴⁰ Havsul 1 – oversikt (u.å.). Olje- og energidepartementet (2021).

⁴¹ NVE (2019a).

⁴² Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 29.

har også vært sett på som en mulighet til å unngå «not in my back yard»-motstanden som har preget den norske vindmølleutbyggingen på land.⁴³

I 2020 har derimot utviklingen skutt fart. Equinor har fått godkjenning til å starte utbyggingen av Hywind Tampen. Prosjektet innebærer at det skal bygges 11 flytende vindturbiner mellom petroleumsinstallasjonene Snorre og Gullfaks.⁴⁴ I juni 2020 vedtok regjeringen ny forskrift om konsesjonsprosessen og åpnet to områder for konsesjon; Utsira Nord og Sørlige Nordsjø II.⁴⁵ De to områdene ble valgt gjennom den prosessen som skal analyseres i oppgaven. Samlet sett har områdene et potensiale på 4 500 MW samlet installert effekt. Til sammenligning har samtlige vindkraftanlegg på land i Norge i dag en samlet installert effekt på 1 695 MW. Utviklingen har fortsatt i 2021. Signaler fra aktuelle aktører tilsier at flere klargjør søknader til de nyåpnede områdene.⁴⁶ Regjeringen la frem forslag til ny veileder til konsesjonsprosessen, samt nye endringer i forskriften og loven i juni 2021.⁴⁷ I tillegg la regjeringen frem en ny stortingsmelding om langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser, hvor det blant annet fremkommer at regjeringen vil starte et arbeid med å identifisere nye områder som kan benyttes til havvind.⁴⁸

1.3.2 Arealbruk og utfordringer

Vindmøller til havs kan føre til økt dødelighet blant sjøfugl som følge av kollisjoner, habitattap og barriereeffekter som medfører økt fluktdistanse og energibehov.⁴⁹ For fisk, sjøpattedyr og bunnsamfunn er det antatt at støy fra vindmøllene vil kunne påvirke dyrene og at de også

⁴³ Regjeringen har lagt opp til en fortsatt «langsiktig utvikling av lønnsom vindkraft», men har i den siste stortingsmeldingen om vindkraft på land også presisert at dette må «skje i et tempo og omfang som ikke gir for store negative virkninger for befolkningen og viktige miljø- og samfunnsinteresser», se Meld. St. 28 (2019–2020) s. 5.

⁴⁴ Equinor (u.å.).

⁴⁵ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b). Havenergilovforskriften.

⁴⁶ Stensland (2020).

⁴⁷ Olje- og energidepartementet (2021). Olje- og energidepartementet (2021a)

⁴⁸ Meld. St. 36 (2020–2021) s. 100.

⁴⁹ NVE (2012) s. 49.

vil kunne miste habitater.⁵⁰ Samtidig er det noe forskning som tilsier at vindmølleparkene kan danne kunstige rev og på denne måten tiltrekke seg arter. Det er knyttet usikkerhet til disse konsekvensene, grunnet mangel på forskning, men for de områdene som foreløpig er aktuelle har konsekvensene blitt antatt å være små til moderate.⁵¹

For andre næringer, som fiske, petroleum og skipstrafikk, vil hovedkonsekvensen av havvindutbygging være beslaglegging av areal. Her kan Hywind Tampen-prosjektet tjene som eksempel. Vindmøllene i parken er plassert med en avstand på 1,5 km mellom hver vindmølle. Samlet sett dekker vindmølleparken et areal på 9 km² på overflaten og 22,5 km² under vann grunnet fortøyninger. De største havvinnanleggene i dag er imidlertid mye større. Hornsea 1 utenfor Yorkshire består av 174 vindturbiner fordelt på 407 km².⁵² Både Hornsea 1 og Hywind Tampen benytter vindmøller som stikker 190 m opp fra vannoverflaten.⁵³

Konsekvensene for næringsinteresser avhenger også av hvilke reguleringer og restriksjoner som legges på det området vindmøllene oppføres i. Fordi vindmøllene oppføres med en viss avstand mellom hverandre, blir det et spørsmål om adgangen til å ferdes mellom disse og i nærheten av parkens yttergrenser. I 2016 ble det vedtatt en forskrift om sikkerhetssoner rundt havvinnanlegg.⁵⁴ Innenfor sikkerhetssonen kan det vedtas restriksjoner for blant annet ferdsel, fiske og ankring.⁵⁵ Det er antatt at det vil kunne være mulig å fiske med enkelte redskaper mellom vindmøllene, men forskriften gir også adgang til å fastsette totalt forbud mot fiske og ferdsel.⁵⁶

⁵⁰ NVE (2012) s. 54–58.

⁵¹ NVE (2012) s. 74–75.

⁵² Orsted (u.å) s. 2–3.

⁵³ Hywind Tampen (2018) s. 8. Orsted (u.å) s. 4.

⁵⁴ Forskrift 15. september 2016 nr. 1066 om merking av og etablering av sikkerhetssoner tilknyttet innretning for fornybar energiproduksjon (forskrift om merking av innretning for fornybar energiproduksjon).

⁵⁵ Forskrift om merking av innretning for fornybar energiproduksjon § 4.

⁵⁶ NVE (2012) s. 120. Forskrift om merking av innretning for fornybar energiproduksjon § 4.

1.4 Metode og kildetilfang

Oppgaven benytter alminnelig rettskildelære, som tar utgangspunkt i Høyesteretts metode og vurdering av rettskilder.⁵⁷ Det er stor enighet om hovedtrekkene i denne metoden, og jeg vil derfor heller fokusere på noen særtrekk ved rettskildene jeg skal benytte i oppgaven.⁵⁸ Hvor det er relevant vil jeg vurdere metodiske spørsmål underveis i oppgaven.

Havenergiloven er preget av å være en fullmaktslov, som gir forvaltningen omfattende kompetanse til å gi individuelle konsesjoner og generelle forskrifter.⁵⁹ Konsesjoner benyttes gjerne som en samlebetegnelse for individuelle tillatelser til å drive økonomisk aktivitet som i utgangspunktet er forbudt.⁶⁰ Kombinasjonen av konsesjonsregulering og fullmaktslovgivning innebærer at loven overfører mye kompetanse til sektormyndighetene, både til vedtakelse av ytterligere regler og utøvelse av skjønn. Det ble ikke nedsatt utvalg i forbindelse med lovarbeid, og de mest sentrale forarbeidene er derfor odelstingsproposisjonen.⁶¹ Rettskildetilfanget ellers er noe begrenset. Dette skyldes nok at loven knapt er blitt brukt. De få konsesjoner for havvind som er gitt, ble i all hovedsak vedtatt etter energiloven – før havenergiloven eksisterte.⁶² I mangel av annet rettskildemateriale benytter jeg noen ganger lignende regelverk på andre områder, eksempelvis petroleumsloven⁶³ og energiloven, for å si noe om forståelsen av havenergiloven. Slikt regelverk har betydning hvor det er skjæringspunkt mellom lovene, men kan også brukes som tolkningsfaktor hvor lovene er likt utformet eller som sammenligningsgrunnlag for å gi

⁵⁷ Eckhoff (2017) s. 17.

⁵⁸ Backer (1986) s. 56.

⁵⁹ Se eksempelvis havenergiloven §§ 3-1 og 3-2 om konsesjoner, og §§ 2-2 (5), 3-4 og § 5-1 (2) om hjemmel til å gi forskrift.

⁶⁰ Alvik (2020) pkt. 1.

⁶¹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009). Loven måtte fremmes for Stortinget igjen i sesjon 2009–2010 fordi en ikke rakk å behandle forslaget i sesjon 2008–2009, jf. Stortingets forretningsprotokoll fra 1966 § 33. Denne proposisjonen viser imidlertid bare til den tidligere, se Prop.8 L (2009–2010) s. 1.

⁶² Se Havsul I – Vedtak (2008) s. 2, Karmøy Hywind – oversikt (u.å.) og Karmøy Hywind – søknad (2005) s. 5.

⁶³ Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven).

større forståelse for lovgivningen og underbygge rettspolitiske poeng. Forvaltningslovens⁶⁴ regler om generell forvaltningsrett, vil også kunne supplere havenergiloven.

I tillegg til havenergiloven vil oppgaven ta for seg noen sentrale miljørettslige lover; Grunnloven § 112 og prinsippene i naturmangfoldloven⁶⁵ kapittel 2. Grunnlovsbestemmelser må i utgangspunktet tolkes på samme måte som annen lovtekst, likevel slik at det må tas hensyn til lovbestemmelsenes alder og kontekst.⁶⁶ Ettersom Grunnloven § 112 er av nyere dato vil stortingsdokumenter i forbindelse med vedtakelsen av bestemmelsen og i forbindelse med grunnlovsreformen i 2014 kunne være av betydning ved tolkningen.⁶⁷ Prinsippene i naturmangfoldloven er ofte uttrykk for prinsipper som stammer fra internasjonal rett.⁶⁸ Det vil derfor være naturlig å se hen til prinsippenes betydning i internasjonale konvensjoner og dokumenter.

Et sentralt spørsmål i oppgaven vil være betydningen av EØS-rettslige regelverk, da særlig plandirektivet. Særegne forhold ved selve direktivet og rettskildesituasjonen knyttet til dette vil utbroderes senere. Foreløpig vil jeg nøye meg med å si at tolkningen av disse reglene må ta utgangspunkt i den EU-rettslige metoden, hvor EU-domstolen er premissleverandør. At EØS-avtalens regler skal tilsvare de EU-rettslige reglene på samme område følger av homogenitetsprinsippet.⁶⁹ Som følge av presumsjonsprinsippet skal norske domstoler så langt det er mulig tolke loven i tråd med EØS-rettslige forpliktelser.⁷⁰

Avslutningsvis er det på sin plass å nevne at oppgavens vurderinger av planer og konsekvensutredninger har en grenseflate til samfunnsfaglig forskning. Hvor slik forskning gjerne har som mål å finne frem til best mulig fremgangsmåte eller praksis, ser denne oppgaven på hvilke rettslige

⁶⁴ Lov 10. februar nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

⁶⁵ Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

⁶⁶ Høgberg (2019) s. 241.

⁶⁷ Dokument nr. 12 (1987–88) og Dokument 16 (2011–2012). Høgberg (2019) s. 245–246.

⁶⁸ Bugge (2019) s. 148.

⁶⁹ Sejersted (2014) s. 223.

⁷⁰ Se Rt. 2000 s. 1811 for utdypning av presumsjonsprinsippet.

krav som kan stilles til planene og utredningene.⁷¹ Det er likevel slik at noen av de spørsmålene som tas opp i oppgaven ikke nødvendigvis er egnet for eller vil tas opp til domstolsbehandling. I slike tilfeller vil det fortsatt være nyttig med en vurdering forvaltningens handlingsrom.

1.5 Fremstillingen videre

Den videre fremstillinger består av 5 deler. Kapittel 2 og 3 vil ta for seg de folkerettslige utgangspunktene og generelle miljønormene av betydning for reguleringen, samt havenergilovens bakgrunn, formål og virkeområde. Kapittel 3 vil også gi en oversikt over reglene om planlegging og konsekisjon. Reglene om planlegging vil bare omtales kort, da disse vil vurderes mer i detalj senere i oppgaven.

Kapittel 4 tar for seg sektorovergripende regulering, plan- og bygningsloven og forvaltningsplanene, og stiller spørsmål om hvilken betydning disse har for planleggingen av havvind.

Kapittel 5 til 8 konsentrerer seg om sektorplanlegging, altså havenergiloven § 2-2 om åpning av områder. Her stilles det særlig spørsmål om hvilke krav loven stiller til utredning av konsekvenser, men også hvilke andre kompetansebetingelser som følger av loven.

Kapittel 6 tar for seg unntak i loven som muliggjør bygging av havenergianlegg etter petroleumsloven, uten at områdene er åpnet etter havenergiloven § 2-2. Spørsmålet i denne delen er særlig hvilket handlingsrom som ligger i disse unntakene og hvordan havvindinstallasjoner behandles etter petroleumsloven.

I kapittel 7 vil jeg komme med noen avsluttende refleksjoner om regelverket, samt gi noen oppfordringer til det videre arbeidet med havvind i norske farvann.

⁷¹ Se eksempelvis Tennøy (2014) om kvalitet i konsekvensutredninger. Se lignende tilnærming i Schütz (2007) s. 45–48.

2 Overordnede rammer

2.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg introdusere noen overordnede rettslige rammer for havvindutbyggingen. Jeg vil først vurdere de folkerettslige reglene som muliggjør havvind. Deretter vil jeg redegjøre for noen sentrale miljørettslige normer og prinsipper som vil ha betydning for den videre drøftelsen.

2.2 Folkerettslige utgangspunkter

Statens adgang til å regulere, og gi tillatelse til, havenergianlegg i områdene utenfor norskekysten beror på folkerettslige regler om statssuverenitet over havområder, formulert i havrettskonvensjonen.⁷² Suverenitetsprinsippet gir uttrykk for at stater er egenmektige og ikke behøver å adlyde andre.⁷³ I kraft av sin statssuverenitet har staten *jurisdiksjon* til å gi lover, avsi dommer og bruke tvang på sitt territorium.⁷⁴ Havrettskonvensjonen deler havområdene inn i soner basert på nærhet til kyststaten. For hver sone gis det ulike regler for statens handlingsrom, med mer omfattende begrensninger på statens jurisdiksjon jo lengre sonen er fra land.

Grunnlinjene er utgangspunktet for oppmåling av de ulike sonene. Grunnlinjene trekkes normalt ved lavvannsmerket, jf. havrettskonvensjonen artikkel 5. Spørsmålet om hvordan grunnlinjene skulle trekkes rundt de norske fjordene ble reist for ICJ i Fiskerisaken mellom Norge og Storbritannia.⁷⁵ Saken var foranlediget av at britiske fiskere begynte å fiske utenfor kysten av Finnmark i 1911, etter å ha holdt seg unna disse farvannene i nesten 300 år. Storbritannia anførte blant annet at Norge ikke kunne trekke rette grunnlinjer utenfor fjordmunningene. Norge

⁷² United Nations Convention on the Law of the Sea (Havrettskonvensjonen).

⁷³ Ruud (2011) s. 21.

⁷⁴ Ruud (2011) s. 134.

⁷⁵ United Kingdom v. Norway.

fikk medhold i at de norske grunnlinjene var i tråd med folkeretten.⁷⁶ Konklusjonene fra fiskerisaken er i dag i stor grad konsolidert gjennom havrettskonvensjonen artikkel 7.⁷⁷

Området innenfor grunnlinjene regnes som indre farvann hvor staten har suverenitet, jf. havrettskonvensjonen artikkel 2 og 8. Altså kan staten gi lover, avsi dommer og benytte tvang i forbindelse med forhold som skjer i denne sonen, på samme måte som på fastlandsterritoriet.⁷⁸ Det er derfor som utgangspunkt fritt frem for staten å opprette havenergianlegg her. Staten må likevel holde seg innenfor de generelle regler som følger av konvensjonen, og internasjonal rett for øvrig, jf. artikkel 2 (3).

Utenfor grunnlinjene har kyststaten mulighet til å opprette en sone på 12 nautiske mil, kalt territorialfarvannet, hvor staten også har suverenitet, jf. artikkel 2 og 3. Norge har opprettet en slik sone.⁷⁹ Havrettskonvensjonen setter en begrensning på kyststatens jurisdiksjon ved å gi andre staters skip rett til «innocent passage» gjennom territorialfarvannet, jf. havrettskonvensjonen artikkel 17. Havrettskonvensjonen artikkel 24 gir uttrykk for at kyststaten «shall not hamper the innocent passage». Kyststaten kan likevel be skip unngå et område så lenge det ikke gjør gjennomfart umulig eller urimelig vanskelig.⁸⁰ Det vil derfor neppe være en hindring for utbygging av havvind.

Videre gir havrettskonvensjonen adgang til å opprette en økonomisk sone på 200 nautiske mil fra grunnlinjene, jf. artikkel 55 og 57. Norge har opprettet en slik økonomisk sone.⁸¹ I den økonomiske sonen har staten en rekke suverene rettigheter, herunder rett til utforskning, utnyttelse og forvaltning, men har ikke fullstendig jurisdiksjon, jf. artikkel 56. Andre stater kan ferdes i farvannene og utføre ulike aktiviteter, men må ta

⁷⁶ United Kingdom v. Norway s. 131.

⁷⁷ Ruud (2011) s. 147. Norges grunnlinjer følger av Forskrift 14. juni 2002 nr. 625 om grunnlinjene for sjøterritoriet rundt Fastlands-Norge.

⁷⁸ Ruud (2011) s. 134.

⁷⁹ Lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (territorialfarvannsloven) § 2.

⁸⁰ Se Yang (2006) s. 180–181 og Proelss (2012) s. 375–376. Sistnevnte gjelder særlig rørledninger, men de generelle uttalelsene har overføring til havvind.

⁸¹ Lov 17. desember 1976 nr. 91 om Norges økonomiske sone (økonomiske soneloven) § 1.

hensyn til kyststatens rettigheter og regulering, jf. havrettskonvensjonen artikkel 58 (1) og (3). Av betydning for utbygging av havenergianlegg er særlig kyststatens suverene rett til økonomisk utnyttelse av energi fra vann, strømmer og vind, samt jurisdiksjon til å opprette og regulere «artificial islands, installations and structures», jf. artikkel 56 (a) og (b)(i) og artikkel 60. Hvor det er nødvendig kan staten opprette sikkerhetssoner med opptil 500m radius rundt installasjonene som må respekteres av alle skip, jf. havrettskonvensjonen artikkel 60 (4), (5) og (6). Installasjonene og sikkerhetssonene kan ikke forstyrre «recognised sea lanes essential to international navigation», jf. havrettskonvensjonen artikkel 60(7).

Kyststaten har en tilsvarende rett til å oppføre installasjoner på kontinentalsokkelen som i den økonomiske sonen, se artikkel 80 jf. art 60. Med kontinentalsokkelen menes havbunnen så langt den er en «natural prolongation of its land territory», jf. artikkel 76. For havvind betyr dette at Norge, som utgangspunkt, har rett til å anlegge vindmøllerparker frem til 200 mil fra grunnlinjen, eller til den geografiske kontinentalsokkelens slutt, hva enn er lengst.

Utenfor disse områdene, og andre staters tilsvarende områder, gjelder reglene om fritt hav, se artikkel 86 og 87. Ressursene på og i havbunnen er «the common heritage of mankind», jf. havrettskonvensjonen artikkel 136. I disse områdene har statene også adgang til å oppføre kunstige øyer og installasjoner, men dette må gjøres med «due regard for the interests of other States», jf. artikkel 87(2). Spørsmål om oppføring av norske vindmøller her er foreløpig en teoretisk øvelse da havenergiloven ikke åpner for vindmøller i dette området.⁸²

2.3 Noen sentrale miljørettslige normer og prinsipper

Jeg vil her si noe kort om enkelte miljørettslige bestemmelser jeg vil benytte meg av i oppgaven. Jeg vil først knytte noen bemerkninger til Grunnloven § 112. Deretter vil jeg si noe om prinsippene om økosystemtilnærming, samlet belastning og «føre var»-tilnærming med utgangspunkt i formuleringen av disse prinsippene i naturmangfoldloven. Disse

⁸² Se en antitetisk tolkning av havenergiloven § 1-2 (2) og (4). For mer om adgangen til å sette opp vindmøller på det åpne hav, og spørsmål dette reiser, se Elsner (2019).

prinsippene er sentrale for plasseringen og utbyggingen av havvindanlegg og vil benyttes senere i oppgaven.

Prinsippene i naturmangfoldloven skal benyttes som retningslinje ved alle myndighetsavgjørelser og vil derfor ha betydning for de avgjørelser jeg vurderer i oppgaven.⁸³ Naturmangfoldloven får anvendelse på norsk landterritorium og i territorialfarvannet.⁸⁴ På kontinentalsokkelen og i den økonomiske sonen gjelder derimot bare enkelte bestemmelser, herunder de nevnte prinsippene, «så langt de passer». Naturmangfoldlovutvalget foreslo i utgangspunktet at hele loven skulle gjelde tilsvarende også i disse områdene, med de begrensninger som følger av folkeretten.⁸⁵ Skepsis fra fiskeri- og kystdepartementet, olje- og energidepartementet og utenriksdepartementet om den folkerettslige betydningen av dette, og betydningen for ressursuttak, førte imidlertid til at departementet endret lovutkastet.⁸⁶ Skepsisen virker først og fremst å være knyttet til bestemmelsene om artsforvaltning og områdevern. For de prinsipper som omtales her virker det imidlertid vanskeligere å se for seg hvordan og hvorfor deres anvendelse skal begrenses i disse områdene. Prinsippene er senere gitt anvendelse i området etter havressursloven § 7 og har dessuten stor folkerettslig oppslutning. Det må nok derfor særlige forhold til for at prinsippene ikke skal gjøre seg gjeldende som beskrevet i de nevnte områdene.

Grunnloven § 112 gir uttrykk for at «[e]nhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevarer». Naturressursene skal også «disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten». Bestemmelsen gir altså tilsynelatende rettigheter ikke bare til nålevende personer, men også til fremtidige generasjoner. Av forarbeidene følger det at bestemmelsen kan ha ulike rettslige virkninger; som retningslinje for lovgiver, rettskildefaktor ved lovtolkning og retningslinje for forvaltnings-

⁸³ Naturmangfoldloven § 7.

⁸⁴ Naturmangfoldloven § 2.

⁸⁵ NOU 2004:28 s. 576.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 68–69.

skjønnnet.⁸⁷ Spørsmålet om bestemmelsens nærmere rettslige virkninger ble vurdert av Høyesterett i HR-2020-2472-P Klimadommen. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om tildeling av utvinningstillatelser i 23. konsesjonsrunde strider mot retten til miljø i Grunnloven §112. Høyesterett bekrefter her at Grunnloven § 112 fungerer som tolkningsmoment og som retningslinje for forvaltningsskjønnet.⁸⁸ Bestemmelsen kan også oppstille materielle skranker, men for et slikt tilfelle som dommen gjelder er terskelen «svært høy».⁸⁹

Prinsippene om *økosystemtilnærming* og *samlet belastning* følger av naturmangfoldloven § 10. Prinsippet om økosystemtilnærming er ikke nærmere definert i loven, men må forstås i tråd med den internasjonale forståelsen av begrepet. Det finnes imidlertid ingen generell definisjon av begrepet og de forsøkene som er gjort på å definere begrepet i tilknytning til ulike instrumenter er svært forskjellige.⁹⁰ Grovt sett kan økosystemtilnærmingen forklares som en tilnærming til naturressursforvaltning som skal sikre bærekraftig bruk og opprettholde økosystemers integritet gjennom å fokusere på økosystemstrukturer- og funksjoner.⁹¹ Trouwborst har kommet frem til tre elementer som virker å være gjennomgående i definisjonene av tilnærmingen, nemlig (i) en holistisk forvaltning av menneskelige aktiviteter, (ii) basert på best tilgjengelig informasjon om økosystemkomponenter, -struktur og -dynamikk, (iii) som har som formål å tilfredsstille menneskelige behov uten å gå på bekostning av økosystemintegritet.⁹² Prinsippet henger naturlig sammen med kravet om vurdering av samlet belastning i naturmangfoldloven § 10, som etter forarbeidene skal sikre at nye tiltak «underlegges en helhetsvurdering av hvilken belastning et økosystem vil bli utsatt for».⁹³ Hvor et område allerede er påvirket av fiske, petroleum eller andre vindmøller må dette tas i betraktning.

⁸⁷ Innst.S. nr. 163 (1991–1992) s. 6.

⁸⁸ HR-2020-2472-P premiss 138.

⁸⁹ HR-2020-2472-P premiss 142.

⁹⁰ De Lucia (2015) s. 97.

⁹¹ Platjouw (2016) s. 1.

⁹² Trouwburst (2009) s. 28.

⁹³ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 381.

«Føre var»-prinsippet forsøker å svare på utfordringen med manglende kunnskap om konsekvenser av miljøinngrep. Det er sentralt for havvindutbyggingen fordi en mangler kunnskap om konsekvensene av utbygging. Prinsippet er i dag gjennomført i ulik grad i flere internasjonale konvensjoner om miljø.⁹⁴ I norsk rett er prinsippet gjennomført i naturmangfoldloven § 9. Etter denne bestemmelsen deles prinsippet i to.⁹⁵ Etter første setning skal det, når beslutninger fattes uten «tilstrekkelig kunnskap» om virkningene på naturmiljøet, «tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet». Ordlyden tilsier at hvor det er usikkerhet knyttet til virkningene av en beslutning, må myndighetene fortsatt forsøke å unngå potensiell betydelig skade. Dette gjelder hvor myndigheter fatter vedtak som har konsekvenser for miljøet, og gir anvisning på at alvorlig miljøskade skal forsøkes unngått selv om det er knyttet usikkerhet til hvorvidt dette vil inntreffe. Andre setning i bestemmelsen gjelder derimot myndighetenes handlingsansvar hvor det oppstår risiko for skade. Planlegging av energianlegg til sjøs er en form for beslutning som omfattes mest naturlig av første ledd. Hvor det er usikkert hvilke konsekvenser havvindutbygging vil ha, skal det tas nødvendige grep for å sikre at utbyggingen uansett ikke medfører betydelig skade.

⁹⁴ Klimakonvensjonen artikkel 3 nr. 3. OSPAR-konvensjonen artikkel 2 nr. 2 (a).

⁹⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 380–381.

3 Havenergilovens system

3.1 Innledning

Havenergiloven oppstiller de sentrale reglene for tillatelse og drift av havenergianlegg. I dette kapittelet vil jeg se nærmere på bærebjelkene i havenergiloven, som også er sentrale utgangspunkt for den videre drøftelsen. Jeg vil vurdere lovens formålsbestemmelse og lovens virkeområde, både saklig og stedlig. Til slutt vil jeg se nærmere på prosessen frem mot drift av havenergianlegg gjennom åpning av områder og innvilgelse av konsesjon.

3.2 Havenergiloven § 1-1: Lovens formålsbestemmelse

Havenergiloven § 1-1 gir uttrykk for lovens formål. Etter bestemmelsen skal loven «leggje til rette for utnytting av fornybare energiressursar til havs i samsvar med samfunnsmessige målsetjingar». Ordlyden kan for eksempel vise til mål om økt fornybar energi eller mer konkrete mål om utbygging av vindkraft. Loven skal også sikre at utbyggingen skjer på en slik måte at «energiforsyning, miljø, tryggleik, næringsverksemd og andre interesser blir tekne vare på».⁹⁶ Her understrekes altså viktigheten av å sikre en utbygging som ikke går på bekostning av andre hensyn. Formålsbestemmelsen gir dermed også uttrykk for et ønske om en form for sameksistens. Hvilken betydning formålsbestemmelsen har for planleggingen av havvindutbygging, vil jeg kommet tilbake til i kapittel 7.3.

3.3 Havenergiloven § 1-2: Lovens virkeområde

Havenergilovens saklige og stedlige virkeområde følger av havenergiloven § 1-2. I det følgende vil jeg foreta en redegjørelse av begge.

⁹⁶ Havenergiloven § 1-1.

3.3.1 Saklig virkeområde

Havenergiloven gjelder for «fornybar energiproduksjon og omforming og overføring av elektrisk energi til havs», jf. havenergiloven § 1-2 (1). Ordlyden «til havs» må tolkes i tråd med det stedlige virkeområdet. At loven gjelder «fornybar energiproduksjon» innebærer en avgrensning mot utvinning av energi fra ikke-fornybare energikilder, herunder olje og gass.⁹⁷ Loven har altså en grenseflate mot petroleumsloven. Samtidig innebærer ordlyden at loven ikke er begrenset til havvind, men også gjelder energiproduksjon fra bølger eller tidevann, se havenergiloven §1-4 (1). Loven gjelder også for «omforming og overføring av elektrisk energi».⁹⁸ Med dette menes blant annet kabler og transformatoranlegg.⁹⁹ Etter forarbeidene gjelder loven omforming og overføring av både fornybar og ikke-fornybar energi.¹⁰⁰ Bakgrunnen for dette må være potensialet for at energi fra fornybare og ikke-fornybare kilder kan benytte samme kabler. Det innebærer imidlertid en dobbeltregulering, idet slike innretninger også vil kunne reguleres etter petroleumsloven, jf. petroleumsloven §§ 1-4 (1) jf. 1-6 (c). Denne dobbeltreguleringen er ikke kommentert i forarbeidene.

Skillet mellom energiproduksjon på den ene siden, og «omforming og overføring av elektrisk energi» på den andre siden er gjennomgående i havenergiloven.¹⁰¹ Konstruksjoner tilknyttet energiproduksjon omtales som produksjonsanlegg, mens innretninger tilknyttet omforming og overføring omtales som nettanlegg.¹⁰² Energianlegg benyttes som en samlebetegnelse for de to.¹⁰³ De to anleggstypene er noe forskjellig regulert i loven, men skillet har begrenset betydning for denne oppgaven.

Det saklige virkeområdet blir mer nyansert av havenergiloven § 1-2 (6) og (8). Havenergilovens § 1-2 (6) fastslår at Kongen kan avgrense bruken

⁹⁷ Havenergiloven § 1-2 (1).

⁹⁸ Havenergiloven § 1-2 (1).

⁹⁹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 62.

¹⁰¹ Se blant annet havenergiloven §§ 1-1, 3-1 og 3-2.

¹⁰² Havenergiloven § 1-4 (2) og (3).

¹⁰³ Havenergiloven § 18 (4).

av loven, hvor et anlegg også er omfattet av en annen lov. Kort fortalt innebærer dette at anlegg som for eksempel tilknyttet petroleumsinstallasjoner, kan unntas havenergilovens regler. Denne bestemmelsen vil vurderes nærmere i kapittel 9.4. Etter havenergiloven § 1-2(8), jf. § 1-4, kan Kongen, i enkeltvedtak eller forskrift, bestemme at loven også skal gjelde andre produksjonsanlegg enn produksjonsanlegg for utnytting av fornybare energiresurser. Bestemmelsen skal forstås slik at den åpner for produksjon av ikke fornybare energiresurser etter havenergiloven.¹⁰⁴ Som eksempler på forhold som kan omfattes viser forarbeidene til «storskala gasskraftverk til havs».¹⁰⁵ Bestemmelsen er nok et uttrykk for at en ikke vet hvordan fremtidens energiutvinning vil se ut, men gir samtidig store fullmakter til å bruke loven til andre innretninger enn den hovedsakelig er tiltenkt.¹⁰⁶

Samlet sett kan reglene om lovens virkeområde sies å bære preg av usikkerhet knyttet til hvordan havvindutbyggingen vil foregå, og et sterkt ønske om å kunne forene ulike former for aktiviteter til sjøs.

3.3.2 Stedlig virkeområde

Havenergiloven gjelder for norsk sjøterritorium utenfor grunnlinjene, det vil si i territorialfarvannet, og på kontinentalsokkelen, jf. havenergiloven § 1-2 (2). Loven gjelder dermed ikke for de innerste norske farvannene. I bestemmelsens syvende ledd åpnes det likevel for at Kongen kan vedta at enkeltbestemmelser også skal gjelde i «indre farvann». Dette ble gjennomført ved vedtakelsen av havenergilovforskriften, hvor enkelte bestemmelser fikk anvendelse også innenfor grunnlinjen.¹⁰⁷ Blant annet må det foretas en åpning av område etter havenergiloven før konsesjon kan vurderes og gis, se kapittel 5 nedenfor. Videre gjelder lovens bestemmelser for sikkerhet, nedlegging og ekspropriasjon, samt regler om erstatning

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 79.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 79.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 79 viser til at nettutbygging og bruk av CCS kan gjøre slik regulering hensiktsmessig.

¹⁰⁷ Havenergilovforskriften § 1 (2).

til fiskere, arealavgift m.m. For øvrig skal søknad om konsesjon innenfor grunnlinjen behandles etter energilovens regler.

Lovens virkeområde er også begrenset utover til kontinentalsokkelen, selv om loven åpner for at den også kan bli gjeldende i økonomisk sone og i områdene rundt Svalbard og Jan Mayen, jf. bestemmelsens fjerde og femte ledd.

3.4 Havenergiloven § 2-2: Åpning av områder

Havenergiloven § 2-2 (1) oppstiller et krav om at aktuelle områder for havvind skal åpnes før konsesjon kan gis. Det er naturlig å se denne åpningen som en form for planlegging, hvor forvaltningen gis mulighet til å finne frem til de best egnede områder for havvind. Ved åpning skal det etter forarbeidene gjøres en avveining av de ulike interessene som gjør seg gjeldende i det aktuelle området.¹⁰⁸ Det kan oppstilles rammer for søknadene i et område, herunder kan det stilles krav om total maksimal installert effekt, tidsfrister og hvilken teknologi som skal benyttes. Kompetansen til å åpne områder ligger hos Kongen i statsråd.¹⁰⁹

I forkant av beslutningen om åpning av områder må det velges ut områder som er aktuelle. I forbindelse med den første åpningsrunden ble det stilt retningslinjer for denne utvelgelsen i «Strategi for fornybar energi-produksjon til havs».¹¹⁰ Denne prosessen undersøkes nærmere i kapittel 5.3. Loven oppstiller videre et krav om konsekvensutredning av de områdene som er aktuelle, omtalt som strategisk konsekvensutredning, se havenergiloven § 2-2 (2). Lovgiver har ikke ønsket å knytte regelverket for havvind til den alminnelige norske konsekvensutredningsforskriften¹¹¹, men forutsetter at utredningen skal tilfredsstille kravene i plandirektivet.¹¹² Konsekvensutredningen skal etter lovbestemmelsen ikke bare ta for seg

¹⁰⁸ Ot.prp. nr.107 (2008–2009) s. 80.

¹⁰⁹ Havenergiloven § 2-2.

¹¹⁰ Ot.prp.nr 107 (2008–2009) s. 30–41.

¹¹¹ Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften).

¹¹² Ot.prp. nr. 107 (2008-2009) s. 69.

konsekvensene for miljøet, men også andre næringsinteresser. Reglene knyttet til konsekvensutredning vil undersøkes nærmere i kapittel 6.

Etter havenergiloven § 2-2 (4) kan departementet gjøre unntak kra kravet om åpning av området i «særskilte tilfelle». Unntaket er ment å være snevert.¹¹³ Av forarbeidene følger det at unntak kan tenkes for «tidsmessig avgrensa pilotprosjekt» og «mindre anlegg som er forsyningsanlegg til petroleumsinstallasjonar».¹¹⁴ For anlegg tilknyttet petroleumsintallasjoner er imidlertid ikke dette den eneste unntakshjemmelen. Havenergiloven § 1-2 (6), som nevnt over, gir adgang til å se bort fra hele eller deler av havenergiloven i det tilfellet at anlegget faller inn under petroleumsloven. Rekkevidden av unntakene, og forholdet mellom dem, vurderes nærmere i kapittel 9.

3.5 Havenergilovens kapittel 3: Konesjonsprosessen

Alle som skal bygge, drive eller eie et produksjonsanlegg eller nettanlegg til havs må ha tillatelse, jf. havenergiloven §§ 3-1 og 3-2. Kravet gjelder også ombygging og utvidelse. Bestemmelsene må tolkes slik at departementet har kompetanse til å gi slik tillatelse, selv om dette ikke følger direkte av ordlyden. Slike tillatelsesordninger, også kalt konsesjoner, er utbredt på ressursområdet fordi de gir staten gode muligheter til å styre utviklingen av næringen og til å bygge erfaringer.¹¹⁵ Havenergiloven gir vide hjemler til å vedta nærmere bestemmelser i forskrift.¹¹⁶ Slike regler ble gitt i havenergilovforskriften våren 2020. Slik denne forskriften lyder i dag skal prosessen frem mot utbygging består av tre ledd; først skjer det en utsilingsprosess gjennom at søkere sender inn melding med forslag til utredningsprogram, deretter gis tillatelse på bakgrunn av søknad og konsekvensutredning, til slutt fastsettes den endelige utformingen gjennom en detaljplan. Disse leddene redegjøres nærmere for nedenfor.

¹¹³ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–200) s. 80.

¹¹⁵ Eckhoff (1983) s. 68–70.

¹¹⁶ Se havenergiloven § 3-3 om konsesjonssøknad og detaljplan, § 3-4 om vilkår og § 4-1 (3) om konsekvensutredninger.

Søknadsprosessen starter med at interesserte foretak sender melding med forslag til utredningsprogram til departementet, jf. havenergiloven § 3-5 og 4-1, og havenergilovforskrifta § 3.¹¹⁷ Forslaget skal forklare hvordan energianlegget skal se ut, hvilke konsekvenser det vil ha og hvilke forhold som må utredes nærmere.¹¹⁸ Forslaget skal sendes på høring før departementet «kan» godkjenne det.¹¹⁹ I høringsnotatet til havenergilovforskriften legges det opp til at departementet skal benytte seg av dette «kan»-skjønnet til å vurdere ulike prosjekter opp mot hverandre og i sammenheng.¹²⁰ Her gis det også uttrykk for at departementet kan la meldingene ligge en periode, i påvente av andre søknader i samme område. Departementet kan ikke fastsette flere utredningsprogram for samme areal samtidig, jf. havenergilovforskriften § 4 (5). Bestemmelsen må tolkes slik at departementet kan godkjenne flere ulike prosjekter innenfor et åpnet område, men ikke prosjekter som overlapper i areal. Begrunnelsen for dette er kostnadene ved konsekvensutredning.¹²¹ Arealet som beslaglegges av et prosjekt omtales som prosjektområde, jf. havenergiloven § 2 b). Departementet har varslet at de vil komme med nærmere retningslinjer knyttet til denne søknadsprosessen.¹²²

Søker må sende inn konsesjonssøknad med tilhørende prosjektspesifikk konsekvensutredning innen 2 år etter fastsettelsen av utredningsprogrammet, jf. havenergilovforskrifta § 7. Søknaden skal beskrive prosjektet, samt gi opplysninger om søkeren, hvilket område det søkes konsesjon for og om det også kreves konsesjon etter energiloven.¹²³ Konsekvensutredningen skal gi de opplysninger som følger av havenergilovforskriften § 6. Bestemmelsen skal oppfylle kravene i tiltaksdirektivet.¹²⁴ Det er

¹¹⁷ Søkeren må som utgangspunkt være en juridisk person «stiftet etter norsk lovgivning og registrert i Foretaksregisteret», jf. havenergiloven § 3-4. Dette gjelder likevel bare så langt ikke annet følger av internasjonale avtaler.

¹¹⁸ Havenergilovforskriften § 4 (1).

¹¹⁹ Havenergilovforskriften § 4 (2) og (3).

¹²⁰ Olje- og energidepartementet (2019) s. 13.

¹²¹ Olje- og energidepartementet (2019) s. 13.

¹²² Kgl.res. av 12. juni 2020 (a).

¹²³ Havenergilovforskriften § 7.

¹²⁴ Dir 2011/92 EU. Sist endret ved Dir 2014/52 EU.

departementet som på bakgrunn av søknaden og konsekvensutredningen fatter vedtak om konsesjon.¹²⁵ Departementet kan sette vilkår ved konsesjonen, se havenergiloven § 3-4 og havenergilovforskriften § 8. Konsesjonen varer i 30 år fra anlegget er satt i drift, men kan forlenges.¹²⁶

Konsesjonshaver kan ikke starte utbyggingen før detaljplan er godkjent, jf. havenergiloven §§ 3-1 (2) og 3-2 (2). Detaljplanen skal gi en nærmere beskrivelse av tiltaket, herunder den tekniske utformingen, planlagt drift og endringer i planene siden konsesjon ble gitt.¹²⁷ Slike detaljplaner er også vanlig for vindkraft på land og for petroleum.¹²⁸ For petroleum omtales detaljplanen som plan for utbygging og drift (PUD). Både for vindkraft på land og for petroleum har det vært reist spørsmål om forholdet mellom konsesjon og detaljplan, og i hvilken grad ansvarlig myndighet kan nekte å godkjenne detaljplan.¹²⁹ Lignende problemstillinger kan nok også reises for vindkraft til havs, men det faller utenfor rammene av denne oppgaven å gå i dybden på dette. Kompetansen til å godkjenne detaljplan er delegert fra departementet til NVE.¹³⁰ Detaljplanen må sendes inn senest 2 år etter at departementet har gitt konsesjon.¹³¹ Etter at detaljplanen er godkjent må anlegget settes i drift innen tre år, jf. havenergilovforskriften § 10.

I juni 2021 kom regjeringen med forslag til endringer i havenergiloven og havenergilovforskriften, samt en ny veileder til konsesjonsprosessen.¹³² Høringsfristen gikk ut i august 2021 og per desember 2021 er saken fortsatt under behandling i departementet. Endringene, om de blir vedtatt innebærer blant annet at de åpnete områdene som hovedregel skal deles inn i mindre områder som skal lyses ut og tildeles gjennom

¹²⁵ Se havenergiloven § 3-1 (1) og 3-2 (1) og havenergilovforskriften § 8.

¹²⁶ Havenergiloven § 3-5 (2) og havenergilovforskriften § 8.

¹²⁷ Havenergilovforskriften § 9 (2).

¹²⁸ For vindkraft på land har detaljplaner til nå vært satt som et vilkår for konsesjon, og følger ikke av energiloven, se Meld. St. 28 (2019–2020) s. 28.

¹²⁹ Se Vinh (2020) om vindkraft og Lervåg (2008) om petroleum. Høyesterett har i HR-2020-2472-P Klimadommen gått langt i å si at detaljplaner kan nektes godkjent av miljøhensyn, for mer om dommen se kap. 6.5.2.

¹³⁰ Havenergilovforskriften § 10.

¹³¹ Havenergilovforskriften § 9 (1).

¹³² Olje- og energidepartementet (2021). Olje- og energidepartementet (2021a).

konkurransen, se forslag til ny havenergilov § 2-3.¹³³ Den som får tildelt et område får en tidsavgrenset rett til å gjennomføre prosjektspesifikk konsekvensutredning og søke om konsesjon. Endringen i forskriften utdyper utlysningsprosessen og veilederen utdyper krav til søknadene.¹³⁴ Ettersom endringene per i dag ikke er vedtatt, er det ikke aktuelt å gå nærmere inn på disse her, utover å si at de potensielle endringene vil innebære et nytt steg i prosessen mot havvindkonsesjoner.

¹³³ Olje- og energidepartementet (2021) Vedlegg I.

¹³⁴ Olje- og energidepartementet (2021). Olje- og energidepartementet (2021a).

4 Sektorovergripende planlegging

4.1 Innledning

I dette kapitlet tar jeg for meg sektorovergripende planleggingsregelverk av betydning for havvind, og vurderer i hvilken grad dette regelverket kan benyttes til å avveie de ulike interessene til havs og slik bidra til sameksistens. I første omgang vil jeg se på plan- og bygningsloven betydning i havvindsaker. Deretter vil jeg se på forvaltningsplaner for hav. I hvert tilfelle er det også være nødvendig å si noe om innholdet i de to regelsettene.

4.2 Plan- og bygningslovens betydning for havvind

Plan- og bygningsloven er kanskje det viktigste styringsverktøyet for arealbruk i Norge. Loven er sektorovergripende og har blant annet som formål å samordne statlige, regionale og kommunale oppgaver.¹³⁵ Dette innebærer at de ulike «sektorene, interessene og hensynene, og forholdet mellom dem, blir klarlagt, sett i sammenheng og avveid i forhold til hverandre gjennom planprosessen.»¹³⁶ Spørsmålet i dette kapitlet er hvilken betydning plan- og bygningsloven har i reguleringen av vindkraftanlegg til sjøs og om den kan bidra til økt sameksistens til sjøs. Jeg vil først si noe om lovens anvendelse i sjø og gi en oversikt over de viktigste planverktøyene. Deretter vil jeg utdype forholdet mellom planverktøyene og sektormyndighetene, og hvordan dette slår ut for vindkraft til sjøs.

4.2.1 Lovens anvendelse i sjø

Plan- og bygningsregulering i sjøområdene ble først adressert ved vedtakelsen av planleggingsloven i 1981.¹³⁷ Lovens virkeområdet ble da

¹³⁵ Plan- og bygningsloven § 1-1 (2).

¹³⁶ NOU 2003: 14 s. 64.

¹³⁷ Lov 5. juni 1981 nr. 49 om lokal og regional planlegging (planleggingsloven) § 2.

satt til å gjelde hele landet og «bygninger og anlegg i sjøen [...] når de har tilknytning til land eller står på eller omfatter sjøbunnen innenfor territorialgrensen».¹³⁸ På dette tidspunktet gikk territorialgrensen ca. 4 nautiske mil fra grunnlinjen.¹³⁹ Et nytt utvalg ble satt ned kort tid senere for å fortsette arbeidet med planleggingslovgivningen.¹⁴⁰ Utvalget foreslo i all hovedsak å videreføre planleggingslovens virkeområde, men ønsket å presisere at den også skulle gjelde anlegg som har «fast tilknytning til sjøbunnen», med den hensikt at akvakulturanlegg skulle omfattes.¹⁴¹ Departementet var imidlertid ikke overbevist om at det var nødvendig at loven gjaldt lengre ut enn der hvor det var «klar sammenheng mellom aktiviteten på land og aktiviteten på sjøen».¹⁴² Det ble derfor foreslått at virkeområdet skulle følge grensene for havnedistriktene, som bare unntaksvis gikk lengre ut enn grunnlinjene.

Ordningen med virkeområde basert på havnedistriktene gjaldt frem til 1989 da grensen ble satt til grunnlinjene.¹⁴³ Departementet viste til at henvisningen til havnedistriktene ikke ga tilstrekkelig mulighet til planlegging.¹⁴⁴ Departementet la likevel til grunn at kommunen ikke skulle planlegge «de nære sjøarealene i større utstrekning enn det som følger av kommunenes eget planleggingsbehov». Ved vedtakelsen av ny plan- og bygningslov i 2008 ble lovens virkeområde utvidet til én nautisk mil utenfor grunnlinjen. Utvidelsen var ikke begrunnet i et økt behov for kommunal planlegging av kysten, men i gjennomføringen av EUs vannressursdirektiv som har tilsvarende virkeområde.¹⁴⁵ Departementet ga imidlertid uttrykk for at utvidelsen også kunne være nyttig for å

¹³⁸ Lov 18. juni 1965 nr. 7 Bygningsloven § 1. Lovavdelingen skal imidlertid i 1980 ha lagt til grunn i brev til Miljøverndepartementet at den tidligere Lov 18. juni 1965 nr. 7 bygningsloven også gjaldt sjøgrunn, se NOU 1983:15 s. 48.

¹³⁹ Lov 25. februar 1812 Cancelli-Promemoria, Ot.prp. nr. 22 (1980–1981) s. 106 og Ot.prp. nr. 35 (2002–2003) s. 7.

¹⁴⁰ NOU 1983:15 s. 5.

¹⁴¹ NOU 1983:15 s. 48.

¹⁴² Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 26.

¹⁴³ Lov 21. april 1989 nr. 17 om endringer i plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77 og i visse andre lover om arealdisponering.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (1987–1988) s. 40–41.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 172.

oppnå en «bedre samlet kystzoneplanlegging». Plan- og bygningsloven gjelder fortsatt til én nautisk mil utenfor grunnlinjene i dag, jf. plan- og bygningsloven § 1-2 (2).

4.2.2 Oversikt over plan- og bygningslovens regler

Plan- og bygningsloven består av en plandel og en bygningsdel. I denne oppgaven er det utelukkende plandelen som berøres. Videre legges det opp til planlegging på statlig, regionalt og kommunalt nivå, hvor det innenfor den kommunale plankompetansen skilles mellom planstrategi, kommuneplan og reguleringsplan.¹⁴⁶ I det følgende vil jeg konsentrere meg om kommuneplan og reguleringsplan da det er disse som i størst grad har rettsvirkninger for fremtidig utbygging.¹⁴⁷ Jeg vil også se på statens mulighet til å overprøve disse.

Kommuneplanens arealdel gir bindende føringer på fremtidig arealbruk i et område, jf. plan- og bygningsloven § 11-5. Gjennom planen kan kommunene tillegge bestemte områder arealformål, hensynssoner og tilhørende bestemmelser, se plan- og bygningsloven §§ 11-7 til 11-11. Arealformålene angir fremtidig bruk og er uttømmende angitt i plan- og bygningsloven § 11-7. Arealformålene har også underkategorier som kan benyttes. Det er kun kategori nr. 6 «bruk og vern av sjø» som eksplisitt gir uttrykk for at den kan brukes til sjøs. Det er imidlertid antatt at også de andre arealbrukskategoriene kan benyttes i sjø, så langt de passer.¹⁴⁸

Dette reiser spørsmål om hvilke areaformål som tillater havvind. For det første er det en problemstilling om bruken av kategori 6 om «bruk og vern av sjø» inkluderer havvindutbygging. Ordlyden «bruk og vern» er svært vid, og ekskluderer ikke havvind. Samtidig nevnes ikke havvind blant underkategoriene. Dette kan tale for at havvind ikke er omfattet. Det er imidlertid også andre sjøaktiviteter som ikke er listet opp i bestemmelsen. At det for eksempel ikke er listet opp «andre marine næringsaktiviteter» tilsier at underkategoriene ikke gir en uttømmende

¹⁴⁶ Se plan- og bygningsloven andre del II, III og IV. Samt kap. 10, 11 og 12.

¹⁴⁷ Se plan- og bygningsloven §§ 11-6 og 12-4.

¹⁴⁸ Bugge (2019) s. 223.

liste over aktivitetene som inkluderes i arealformålet. Forarbeidene gir ikke svar på spørsmålet. I rundskriv om kystnære områder vurderer departementet forholdet mellom energiloven og plan- og bygningsloven, men nøyer seg med å vise til at konsesjon vil kunne fungere som statlig arealplan.¹⁴⁹ I forbindelse med arealformålet generelt uttaler likevel departementet at der hvor kommunene utelukkende har angitt hovedformålet, uten nærmere inndeling, frasier de seg «muligheten til å styre arealbruken, og overlater beslutningen til myndighetene som forvalter sektorlovene». Dette må forstås slik at i de tilfellene hvor kommunene ikke har angitt nærmere underformål eller bestemmelser som utelukker havvind, vil havvindutbygging være innenfor hovedkategorien «bruk og vern av sjø». Dersom kommunen derimot har angitt underformålene «natur- og friluftsområder» og «ferdsel», vil det være vanskeligere å si at havvind er i tråd med planen.

Videre er det et spørsmål om også andre arealkategorier kan inkludere havvind. Havvind vil nok vanskelig omfattes av arealformålene «Grønnstruktur», «Forsvaret» og «Landbruks-, natur- og friluftsmål samt reindrift». Derimot kan det være aktuelt å benytte «bebyggelse og anlegg», jf. plan- og bygningsloven § 11-7 (2) nr. 1. Kategorien omfatter blant annet «næringsanlegg», herunder industriutbygging, og «andre typer anlegg».¹⁵⁰ Også «Samferdselsanlegg og teknisk infrastruktur» kan tenkes å inkludere enkelte havvindinnretninger. Forarbeidene sier blant annet at dette kan brukes for «anlegg for energiforsyning og overføring». For begge kategoriene vil imidlertid valg av underformål kunne utelukke havvind.

I tillegg til arealformålene har kommunen adgang til å regulere områdene gjennom vedtakelse av planbestemmelser etter plan- og bygningsloven § 11-10 og 11-11. For det tilfellet at området er regulert til «bebyggelse- og anlegg» kan det blant annet gis bestemmelser om «fysisk utforming av anlegg», og ved regulering til «bruk og vern av sjø» kan det gis bestemmelser om bruk og vern av vannflate, vannsøyle og bunn». Isolert sett tilsier dette at kommunen gjennom planbestemmelser kan

¹⁴⁹ Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2018) s. 35.

¹⁵⁰ Plan- og bygningsloven § 11-7 (1) nr. 1. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 214.

regulere høyde og annen utforming av havvindanlegg gjennom planene. Ved tilsvarende spørsmål om akvakulturanlegg, har det imidlertid vært omdiskutert om kommunen har anledning til å gripe inn i sektormyndighetenes kompetanse på denne måten.¹⁵¹

Selv om loven legger opp til at detaljplanleggingen skal foregå på kommunalt nivå, har statlige og regionale myndigheter fortsatt adgang til å komme med innsigelser om de ikke kan godta deler av planen, jf. plan- og bygningsloven § 5-4. Bestemmelsen krever at det må dreie seg om spørsmål av «nasjonal eller vesentlig regional betydning», eventuelt at det av «andre grunner er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde». Utover dette er spørsmålet om hvorvidt innsigelsesadgangen skal benyttes i all hovedsak et politisk spørsmål, men det er enighet om at de statlige organer skal være varsom i bruken av hensyn til det kommunale selvstyret.¹⁵² Dersom et organ fremmer en innsigelse vil uenigheten først forsøkes løst i mekling, jf. Plan- og bygningsloven § 5-6 (1). Oppnår en ikke enighet avgjøres innsigelsen av departementet. Fordi innsigelser i realiteten kan dreie seg om uenigheter mellom to statlige organ, eksempelvis Klima- og miljødepartementet og Olje- og energidepartementet, vil slike spørsmål også ofte måtte avgjøres av regjeringen.¹⁵³ Innsigelsesadgangen stadfester altså statens rolle som arealforvalter, men sementerer også en prosess for håndtering av uenigheter, vertikalt og horisontalt, i myndighetsapparatet.

4.2.3 Plan- og bygningslovens anvendelse på havvindutbygging

Over har jeg gjennomgått hovedtrekkene i plan- og bygningslovens system. Spørsmålet i det videre er hvordan sektorlovene- og myndighetene generelt, og havvindsreguleringen spesielt, passer inn i systemet. Til tross for at loven var tiltenkt, og har, en sentral rolle i samordningen, har loven svært ulik innvirkning på de ulike sektorene. Winge skiller

¹⁵¹ Se eksempelvis Myklebust (2018)

¹⁵² Bugge (2019) s. 214.

¹⁵³ Bugge (2019) s. 214.

mellom tre hovedtyper av koblingsalternativer mellom sektorlover og plan- og bygningsloven; nemlig hvor kommunale arealplaner gis forrang, hvor regelsettene likestilles og hvor sektorlovgivning gis forrang.¹⁵⁴ Det kan tenkes flere ulike reguleringsformer innenfor disse hovedkategoriene, men et eksempel på førstnevnte er akvakulturloven hvor et vilkår for tillatelse er at tillatelsen ikke strider med vedtatt arealplan.¹⁵⁵ Etter den andre hovedkategorien vil tiltakshaver måtte ha tillatelse fra både sektormyndigheten og planmyndigheten, mens tillatelsen fra sektormyndighetene er det avgjørende i den siste kategorien. Energi er en av sektorene hvor man i stor grad har svekket betydningen av plan- og bygningsloven som samordningslov.¹⁵⁶ Det er derfor et spørsmål hvordan dette slår ut for havvind.

Flere av områdene som er aktuelle for havvind ligger innenfor eller rett utenfor grunnlinjen.¹⁵⁷ På konsesjonsnivå går grensen mellom energiloven og havenergiloven ved grunnlinjen, jf. energiloven § 1-1 (2) og havenergiloven § 1-2 (2). Plan- og bygningslovens betydning for vindkraft til sjøs må derfor vurderes for ulike geografiske soner. Innenfor grunnlinjen vil spørsmålet måtte diskuteres med utgangspunkt i energilovens forhold til plan- og bygningsloven. Fra grunnlinjen og én nautisk mil ut er det derimot havenergiloven som må vurderes.

4.2.3.1 Innenfor grunnlinjen

Innenfor grunnlinjen reguleres havvind primært av energiloven. Etter ikrafttredelsen av havenergilovforskriften i januar 2021 gjelder deler av havenergiloven også her, som vist over i kapittel 3.3.2. Plan- og bygningslovens bestemmelser knytter seg imidlertid til konsesjonsvedtaket, som innenfor grunnlinjen reguleres av energiloven.¹⁵⁸ Forholdet til plan- og

¹⁵⁴ Winge (2013) s. 376–383.

¹⁵⁵ Lov 17. juni 2005 om akvakultur (akvakulturloven) § 15.

¹⁵⁶ Forholdet mellom lovene vurderes nærmere i kapittel 4.2.3.1.

¹⁵⁷ NVE (2012) s. 73.

¹⁵⁸ Se særlig plan- og bygningsloven § 12-1 (3) som snakker om «konsesjonspliktige anlegg» etter energiloven, men også pbl. § 6-4 (3).

bygningsloven innenfor grunnlinjen må derfor løses etter energilovens regler.¹⁵⁹

Som nevnt i forrige punkt står energiloven i en særstilling sammenlignet med andre sektorlover. Forholdet til energiloven ble ikke diskutert i forbindelse med vedtakelsen av den tidligere plan- og bygningsloven av 1985, eller i den senere utredningen om samordning av sektorlovene.¹⁶⁰ I forarbeidene til energiloven fremkommer det likevel at planleggingen burde følge plan- og bygningslovens alminnelige regler.¹⁶¹ Det ble særlig vist til viktigheten av å se installasjonene «i sammenheng med øvrig arealdisponering». Konesjon måtte enten være i tråd med plan, eller gis med forbehold om planendring eller dispensasjon.¹⁶² Lovene var altså likestilte. Ordningen viste seg imidlertid å være tungvint og medførte flere ulike konflikter.¹⁶³ Forholdet mellom plan- og bygningsloven og energiloven ble derfor et særlig tema i arbeidet med ny plan- og bygningslov. Flertallet i planutvalget gikk inn for en ordning med parallell saksbehandling etter energiloven og plan- og bygningsloven.¹⁶⁴ Departementet gikk bort fra dette med den begrunnelse at det er vanskelig å få til en god samordning mellom myndighetene.¹⁶⁵ Det ble særlig lagt vekt på behovet for «sterk statlig styring og kontroll innenfor energisektoren» grunnet viktigheten av en «sikker energiforsyning». Det ble også vist til at kraftforsyningen strekker seg over de administrative inndelingsgrensene og at anleggene må tilknyttes det eksisterende kraftsystemet på en hensiktsmessig måte. Departementets valg fremkommer særlig i tre bestemmelser i plan- og bygningsloven knyttet til ulike typer energiinstallasjoner og plantyper, som vil gjennomgå under.

Plan- og bygningsloven skiller mellom produksjonsanlegg, anlegg for overføring eller omforming av energi og områdekonesjon. Forarbeidene gir uttrykk for at overføring eller omforming av elektrisk

¹⁵⁹ Dette virker også å være forutsatt i Kgl.res. av 12. juni 2020 (a) s. 7.

¹⁶⁰ NOU 1987:21.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 58–59.

¹⁶² Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 87.

¹⁶³ Winge (2013) s. 285–387.

¹⁶⁴ NOU 2003:14 s. 158.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 40.

energi betyr «kraftledninger, transformatorstasjoner, koblingsanlegg og bygningstekniske konstruksjoner som er umiddelbart knyttet til de elektriske anleggene og deres funksjon».¹⁶⁶ Dette er tilsvarende nettanlegg i havenergiloven.¹⁶⁷ Dette står i motsetning til produksjonsanlegg, som blant annet omfatter selve vindmøllene. Områdekonsesjoner er en tilførelse til å bygge og drive høyspent fordelingsanlegg, som ellers ville krevd konsesjon hver for seg etter § 3-1, innenfor et større område.¹⁶⁸ For anlegg for overføring eller omforming av energi følger det av plan- og bygningsloven § 1-3 at:

«For anlegg for overføring eller omforming av elektrisk energi som nevnt i energiloven § 3-1 tredje ledd gjelder bare kapittel 2 og 14.»

Energiloven § 3-1 (3) presiserer at det dreier seg om slike anlegg for overføring og omforming som er konsesjonspliktig etter loven. Bestemmelsen innebærer at det for slike anlegg bare er reglene om kartgrunnlag i kapittel 2 og reglene om konsekvensutredning i kapittel 14 som gjelder. Kommunen har derfor ikke kompetanse til å planlegge eller regulere slike anlegg etter plan- og bygningsloven. Bestemmelsen nevner ikke områdekonsesjon eller viser til energiloven § 3-2. Dette må forstås slik at unntaket ikke gjelder områdekonsesjon. Tilsvarende unntak gjelder etter ordlyden heller ikke produksjonsanlegg.

For produksjonsanlegg og områdekonsesjon gjelder derfor i utgangspunktet plan- og bygningslovens regler etter sin ordlyd. Kommunen har adgang til å regulere energiproduksjon i kommuneplanens arealdel og i reguleringsplan. To bestemmelser innebærer likevel at kommunens posisjon i slike saker er vesentlig svekket. For det første følger det av plan- og bygningsloven § 12-1 (3) siste setning at

«Krav til reguleringsplan gjelder ikke for konsesjonspliktige anlegg for produksjon av energi etter energiloven, vannressursloven eller vassdragsreguleringsloven.»

¹⁶⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 172.

¹⁶⁷ Se havenergiloven § 1-4 (3) og kapittel 3.3.1 i denne oppgaven.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 87.

Bestemmelsen innebærer at det ikke er en reguleringsplikt for produksjonsanlegg etter energiloven. Bestemmelsen fjerner ikke kommunens kompetanse til å regulere, men i forarbeidene forutsettes det at regulering bør «avklares gjennom et oppstartsmøte eller senest ved høring av utredningsprogrammet for tiltaket».¹⁶⁹ Kommunen må også utarbeide planen selv og kan ikke kreve at tiltakshaver utarbeider planforslag.¹⁷⁰ Unntaket får etter ordlyden ikke anvendelse på områdekonsesjon.

Den andre bestemmelsen av betydning er plan- og bygningsloven § 6-4 (3). Fordi kommunen fortsatt har kompetanse til å regulere produksjonsanlegg for energi, kreves det i utgangspunktet endring av plan eller dispensasjon hvor nye tiltak strider med planen. Lovgiver ønsket imidlertid å sikre at slike tiltak kunne gjennomføres også hvor kommunen ikke vil samarbeide. Bestemmelsen lyder derfor:

«Departementet kan i den enkelte sak bestemme at endelig konsesjon til kraftproduksjonsanlegg etter energiloven, vannressursloven eller vassdragsreguleringsloven uten videre skal ha virkning som statlig arealplan. Departementets vedtak etter dette ledd kan ikke påklages.»

Bestemmelsen omhandler «alle anlegg og innretninger som etableres for å kunne produsere elektrisk energi, uavhengig av energikilde».¹⁷¹ Heller ikke dette unntaket omfatter tilsynelatende områdekonsesjon. Med statlig arealplan siktes det til departementets adgang til å pålegge kommunen å utarbeide en kommuneplan eller reguleringsplan med et bestemt innhold eller til å vedta en slik plan selv, jf. plan- og bygningsloven § 6-4 (1) og (2). Slik kompetanse foreligger vanligvis bare når «viktige statlige eller regionale utbyggings-, anleggs- eller vernetiltak gjør det nødvendig, eller når andre samfunnsmessige hensyn tilsier det».¹⁷² Den særlige bestemmelsen om produksjonsanlegg for energi må forstås som en presisering, eventuelt utviding, av dette. I motsetning til første

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 41.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 41.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 197.

¹⁷² Plan- og bygningsloven § 6-4 (1).

ledd forutsettes det imidlertid at særbestemmelsen skal benyttes mer rutinemessig.¹⁷³ Forarbeidene forutsetter at kompetansen skal utøves av Olje- og energidepartementet. At kompetansen knytter seg til «endelig konsesjon» innebærer at klagefrist er utløpt eller at vedtak er endelig fra klageinstans.¹⁷⁴ Avgjørelsen om statlig arealplan kan heller ikke påklages, jf. siste setning.

Konsekvensen av plan- og bygningsloven §§ 1-3, 12-1 og 6-4 er at den faktiske lokale myndigheten til å bestemme over energitiltak er begrenset. De prosesser og hensyn som normalt ivaretas av plan- og bygningsloven skal i stedet ivaretas av konsesjonsprosessen. Områdekonsesjon virker imidlertid å falle utenfor unntakene.

4.2.3.2 Fra grunnlinjen og én nautisk mil ut

Spørsmålet er så hvordan det forholder seg i området mellom grunnlinjen og én nautisk mil lengre ut; hvor det er forholdet mellom plan- og bygningsloven og havenergiloven som er avgjørende.

Havenergiloven og plan- og bygningsloven viser ikke til hverandre, selv om arbeidet med lovutkastene overlappet. I forarbeidene til havenergiloven sies det om plan- og bygningsloven at den foreløpig gjelder til grunnlinjene, men at det er aktuelt å utvide virkeområdet ved vedtakelsen av ny planlov.¹⁷⁵ Deretter uttaler departementet at konsekvensutredningsbestemmelsene i de to lovene vil kunne overlappe, og at det derfor må foretas en avgrensning. Forholdet til den alminnelige planreguleringen nevnes ikke. Proposisjonen til havenergiloven ble lagt frem ett og et halvt år etter proposisjonen til plan- og bygningsloven.¹⁷⁶ Det var altså klart på dette tidspunktet at miljøverndepartementet, som var ansvarlig for plan- og bygningsloven, så for seg en særordning for vindkraft i plan- og bygningsloven. Likevel er det ikke søkt å avklare om en slik ordning også skal gjelde for vindkraft til havs. Plan- og bygningslovens bestemmelser viser eksplisitt til energiloven og kan ikke brukes direkte

¹⁷³ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 198.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 197.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 75–76.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 5 og Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 5.

for vindkraft bygget etter havenergiloven.¹⁷⁷ Havenergiloven nevnes heller ikke i forarbeidene til plan- og bygningsloven.

Ved vedtakelsen av havenergilovforskriften uttalte departementet at forholdet til annet lovverk vil vurderes når det er aktuelt å åpne områder innenfor grunnlinjen.¹⁷⁸ Departementet viste også til at forskriften, som utvidet havenergilovens anvendelsesområde slik at den gjaldt innenfor grunnlinjen, «ikkje grip inn i kommunane si myndigheit etter plan- og bygningslova». Særreglene for energiutvinning ellers nevnes ikke. Uttalelsene knytter seg mest naturlig til området innenfor grunnlinjen, og sier ikke nødvendigvis noe om forholdet utover dette. Enn så lenge må det derfor antas at de særreguleringer som følger av plan- og bygningsloven §§ 1-3, 12-1 og 6-4 ikke gjelder for konsesjoner etter havenergiloven. Det kan tenkes at departementet likevel kan vedta statlig arealplan ut fra hovedregelen om «viktige statlige eller regionale utbyggings-, anleggs- eller vernetiltak gjør det nødvendig», jf. plan- og bygningsloven § 6-4 (1). I forarbeidene legges det til grunn at bestemmelsen gir staten «vid skjønnsmessig adgang» til å utarbeide slik plan, men at den likevel bare skal brukes når det «ikke kan ventes at den ordinære kommunale eller regionale planleggingen vil føre til et resultat som kan godtas av staten».¹⁷⁹ Dette innebærer nok en høyere terskel enn unntaket for energiloven.

De lege ferenda tilsier hensynet til en enhetlig forvaltning at så lenge det finnes særordninger for vindkraft frem til grunnlinjen, bør dette også gjelde til enden av plan- og bygningslovens geografiske virkeområde. De hensyn som tilsier en sterk lokal kontroll med arealforvaltningen har også mindre tyngde jo lengre en kommer fra land.

4.2.3.3 Mulige endringer som følge av anmodningsvedtak fra Stortinget

Stortinget fattet et anmodningsvedtak 1. desember 2020, i forbindelse med behandlingen av Meld. St. 28 (2019–2020) Vindkraft på land, hvor de ba regjeringen «komme tilbake til Stortinget med et forslag om å innlemme

¹⁷⁷ Plan- og bygningsloven § 6-4 (3).

¹⁷⁸ Kgl.res. av 12. juni 2020 (a).

¹⁷⁹ Ot.prp.nr. 32 (2007–2008) s. 197.

planlegging og bygging av vindkraftanlegg i plan- og bygningsloven».¹⁸⁰ Ordlyden «innlemme» i vedtaket er uklar og kan åpne for flere ulike løsninger. Vedtaket reiser dermed en rekke spørsmål om forholdet mellom energiloven og plan- og bygningsloven som må vurderes. Det reiser imidlertid også spørsmål om forholdet mellom plan- og bygningsloven og den statlige kompetansen til å åpne områder for havvind, som etter vedtakelsen av havenergilovforskriften også gjelder innenfor plan- og bygningslovens virkeområde. Vindkraft til havs ble i liten grad vurdert i meldingen, og det er ikke åpenbart fra Stortingets vedtak om disse anleggene også skal omfattes. Spørsmålet er dermed hva slags kopling som kan være aktuell mellom åpningsbeslutningen etter havenergiloven og plan- og bygningsloven.

Overordnet er det særlig tre hovedløsninger som er aktuelle, basert på Wings tredeling av forholdet mellom sektorlover og plan- og bygningsloven, nevnt ovenfor i kapittel 4.2.3.¹⁸¹ En mulighet er å utelukke vindkraft til sjøs fra de nye reglene, slik at staten har den fulle kompetansen til å planlegge vindkraftanlegg til sjøs. En slik ordning vil imidlertid være lite forenlig med et ønske om bedre lokal forankring. Vindkraftanlegg så nært land vil innebære mange av de samme ulempene som vindkraft på land, i tillegg til ulemper for kystfisket og konkurranse med akvakulturnæringen. Behovet for lokal forankring vil derfor ikke nødvendigvis være mindre for disse anleggene. En annen mulighet er å gi kommunen vetorett i vurderingen av havvindområder. Dette vil imidlertid gi staten mindre mulighet til å vurdere hvilke områder som, alle forhold tatt i betraktning, er mest egnet for vindkraft slik åpningsbeslutningen som utgangspunkt legger opp til. For å unngå store kostnader med utredning av områder som ikke er aktuelle vil det også være gunstig at kommunen vurderer dette tidlig i prosessen. Et siste alternativ er å endre havenergiloven og havenergilovforskriften slik at bestemmelsene om åpning av områder ikke gjelder innenfor plan- og bygningslovens virkeområde. Dette vil innebære at rammene for vindkraft på land og nært kysten blir de samme. Dette vil imidlertid også svekke den helhetlige planleggingen av vindkraft til

¹⁸⁰ Vedtak 143 (2020–2021).

¹⁸¹ Winge (2013) s. 376–383.

havs og kan skape utfordringer hvor et planlagt havenergianlegg ligger både innenfor og utenfor plan- og bygningslovens virkeområde.

Hvilken av løsningene som er mest hensiktsmessig vil i stor grad bero på hvilke regler som vurderes på vindkraft på land og hvor sterkt lokalt selvstyre det legges opp til her. Hensynet til likebehandling og et enhetlig rettssystem tilsier at lokalbefolkningen gis lik styringsrett innenfor hele plan- og bygningslovens virkeområde. Samtidig vil hensynet til effektiv reduksjon av klimagasser, kraftforsyning, og best mulig plassering, tilsi en annen vurdering.

4.3 Havvind og helhetlige forvaltningsplaner for hav

I 2002 la Stoltenberg II-regjeringen frem stortingsmelding om et rent og rikt hav.¹⁸² Formålet med meldingen var blant annet å fremsette «overordnede mål for en helhetlig havmiljøpolitikk».¹⁸³ Som ledd i dette arbeidet gikk regjeringen inn for å utarbeide helhetlige forvaltningsplaner for havområdene.¹⁸⁴ Økt bruk av arealene, og dermed økt konfliktpotensial, nevnes som en av hovedårsakene til at regjeringen ønsket dette.¹⁸⁵ Sameksistens mellom aktørene til sjøs var altså sentralt.

Siden stortingsmeldingen ble lagt frem har det vært flere runder med forvaltningsplaner i Norge. Den første forvaltningsplanen for Barentshavet ble lagt frem i 2006, og det ble samtidig startet opp tilsvarende arbeid for Norskehavet og Nordsjøen.¹⁸⁶ Disse planene ble lagt frem i henholdsvis 2009¹⁸⁷ og 2013.¹⁸⁸ Forvaltningsplanen for Barentshavet ble oppdatert i 2010¹⁸⁹ og 2015.¹⁹⁰ Våren 2020 la regjeringen frem en ny

¹⁸² St.meld. nr. 12 (2001–2002).

¹⁸³ St.meld. nr. 12 (2001–2002) s. 4–5.

¹⁸⁴ St.meld. nr. 12 (2001–2002) s. 16–17.

¹⁸⁵ St.meld. nr. 12 (2001–2002) s. 13.

¹⁸⁶ St.meld. nr. 8 (2005–2006) s. 11.

¹⁸⁷ St.meld. nr. 37 (2008–2009).

¹⁸⁸ Meld. St. 37 (2012–2013).

¹⁸⁹ Meld. St. 10 (2010–2011).

¹⁹⁰ Meld. St. 20 (2014–2015).

forvaltningsplan som skal gjelde for samtlige havområder.¹⁹¹ I planen gis det uttrykk for at nye forvaltningsplaner nå skal utarbeides hvert fjerde år.¹⁹² I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i den siste planen, siden det er den som er gjeldende i dag.

Arbeidet med forvaltningsplanene ligger til en interdepartemental styringsgruppe for helhetlig havforvaltning som ledes av Klima- og miljødepartementet.¹⁹³ At gruppen ledes av Klima- og miljødepartementet understreker betydningen av et miljøperspektiv og en økosystembasert forvaltning i planene. Styringsgruppen har to rådgivende undergrupper; Overvåkingsgruppen og Faglig forum. Sistnevnte er ansvarlig for å utarbeide det faglige grunnlaget for forvaltningsplanene, mens Overvåkingsgruppen overvåker havområdene og analyserer resultatene.¹⁹⁴ Det er disse gruppene som i stor grad sørger for fremgang i arbeidet med planene. I motsetning til planer etter plan- og bygningsloven, er ikke forvaltningsplanene hjemlet i lov. De er i stedet kommet til på bakgrunn av stortingsmeldingen nevnt over, og selve forvaltningsplanen tar også form som en stortingsmelding.

I det følgende vil jeg først si noe om innholdet i planene. Deretter vil jeg se nærmere på hvilken betydning forvaltningsplanene har for havvind i dag, herunder planenes eventuelle rettslige virkninger. Overordnet er spørsmålet hvilke virkninger forvaltningsplanen har for havvind og om planene er egnet til å bidra til sameksistens mellom næringene.

4.3.1 Formålet med og innholdet i forvaltningsplanene

Forvaltningsplanen skal «legge til rette for verdiskapning gjennom bærekraftig bruk av havområdenes ressurser og økosystemtjenester».¹⁹⁵

¹⁹¹ Meld. St. 20 (2019–2020) s. 13.

¹⁹² Meld. St. 20 (2019–2020) s. 143.

¹⁹³ Gruppen består for øvrig av Arbeids- og sosialdepartementet, Finansdepartementet, Forsvarsdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet, Kommunal og moderniseringsdepartementet, Nærings- og fiskeridepartementet, Olje- og energidepartementet, Samferdselsdepartementet og Utenriksdepartementet, se Meld. St. 20 (2019–2020) s. 12.

¹⁹⁴ Mandat (2013). Mandat (2013 I).

¹⁹⁵ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 5.

Bruken skal være bærekraftig i den forstand at «økosystemenes struktur, virkemåte, produktivitet og naturmangfold» opprettholdes.¹⁹⁶ Forvaltningsplanens skal altså ha en økosystemtilnærming.¹⁹⁷ Samtidig er det et klart spenningsforhold mellom planens mål om verdiskapning og bevaring av økosystemer. Dette innebærer at det hele tiden må skje en avveining mellom de ulike hensynene. Planen skal også bidra til «klarhet i overordnede rammer, samordning og prioriteringer i forvaltningen av havområdene», samt «økt forutsigbarhet og styrket sameksistens mellom næringene».¹⁹⁸ Planen forsøker med andre ord også å avklare forholdene mellom de ulike næringsinteressene som skal stå for verdiskapningen.

Innholdet i forvaltningsplanen kan grovt sett deles opp i fem deler; *beskrivelse av de faktiske forholdene, fastsetting av mål og status for måloppnåelse, helhetlige rammer og tiltak, spesifikke områdebegrensninger og fastsetting av særlige verdifulle områder*. Beskrivelsen av de faktiske forholdene tjener som informasjon til allmennheten og som grunnlag for de øvrige delene av planen.¹⁹⁹ De faktiske vurderingene av havvind er i stor grad hentet fra den strategiske konsekvensutredningen som ble utført i 2012.²⁰⁰ Denne delen av planen vil derfor ikke vies noen oppmerksomhet i det følgende.

Forvaltningsplanene fastsetter *mål for regjeringens havpolitikk og for forvaltningen*.²⁰¹ Målene knytter seg til miljøtilstand, verdiskapning, sameksistens, bevaring og bærekraft bruk. Om fornybar energi til havs lyder målet: «Det skal legges til rette for utvikling av havbasert fornybar energiproduksjon som tar hensyn til miljøet og annen virksomhet».²⁰² Målene for forvaltning av arter og naturtyper lyder på den andre siden «Naturlig forekommende arter skal finnes i levedyktige bestander som sikrer reproduksjon og langsiktig etterlevelse».²⁰³ Disse to målene illu-

¹⁹⁶ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 5.

¹⁹⁷ Se kapittel 2.3.

¹⁹⁸ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 11.

¹⁹⁹ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 6 og 12–14.

²⁰⁰ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 95–97, 115 og 134.

²⁰¹ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 15.

²⁰² St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 15.

²⁰³ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 15.

strerer hvordan forvaltningsmålene i ulik grad er målbare. Hvor det første målet i beste fall oppstiller en innsatsforpliktelse, gir det andre målet uttrykk for en resultatforpliktelse hvor oppnåelse kan måles for den enkelte art. Forvaltningsplanene forsøker også å vurdere hvorvidt mål satt i tidligere forvaltningsplaner er oppfylt.²⁰⁴

Forvaltningsplanen gir uttrykk for *helhetlige rammer og tiltak i havområdene*.²⁰⁵ Denne delen av planen oppstiller overordnede føringer for forvaltningen av havområdene og tiltak regjeringen ønsker å gjennomføre. Slik sett er denne delen ikke ulik opplistingen av tiltak i en alminnelig stortingsmelding. De fleste av disse uttalelsene er av politisk karakter og må gjennomføres gjennom egne lov- og forskriftsendringer. Andre uttalelser gir uttrykk for ønsker for forvaltningen som ligger innenfor dagens lovgivning og som eventuelt kan konkretiseres gjennom nærmere retningslinjer. Om havvind står det at det skal åpnes områder etter havenergiloven § 2-2 og vedtas ny forskrift.²⁰⁶ Disse tiltakene er allerede gjennomført ved kongelig resolusjon.²⁰⁷ Ved avgjørelser etter loven skal det også legges vekt på ny kunnskap om blant annet konsekvenser for sjøfugl.²⁰⁸ Dette kan gjøres innenfor, og følger nok allerede av, gjeldende lovgivning.²⁰⁹

Forvaltningsplanene oppstiller enkelte *spesifikke områdebegrensninger* for petroleumsutvinning. Dette er det nærmeste en kommer arealplanlegging i forvaltningsplanene. Områdebegrensningene er negative i den forstand at de markerer områder hvor aktivitet ikke skal skje, heller enn hvor aktivitet skal skje. Forvaltningsplanene gir foreløpig ikke områdebegrensninger for andre aktiviteter enn petroleum, men økning

²⁰⁴ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 52–55.

²⁰⁵ St.meld.nr. 20 (2019–2020) s. 129–144.

²⁰⁶ St.meld. nr. 20 (2019–2020) s. 137.

²⁰⁷ Se Kgl.res. av 12. juni (a) og (b).

²⁰⁸ St.meld. nr. 20 (2019–2020) s. 137.

²⁰⁹ Se havenergilovens § 1-1.

i bruk av havområdene kan føre til at slike avgrensninger benyttes også for andre næringer.²¹⁰

Forvaltningsplanene fastsetter enkelte «*særlige verdifulle og sårbare områder*» (SVOer).²¹¹ Disse områdene er valgt på bakgrunn av et sett kriterier, herunder betydning for biologisk mangfold og biologisk produksjon.²¹² Områdene er altså særlig viktig for det marine biologiske mangfoldet og naturmiljøet. Det er noen overlapp mellom disse områdene og de områdene hvor det er spesifikke områdebegrensninger for petroleum, men grensene er ikke sammenfallende. Betydningen av SVOene vil gjennomgås nærmere nedenfor i pkt. 4.3.2.2.

Listen viser hvilke virkemidler forvaltningsplanen benytter for å nå sine mål om økt verdiskapning innenfor rammene av bærekraftig utvikling, og samordning av ulike interesser. Flere av virkemidlene er av politisk karakter.

4.3.2 Forvaltningsplanens føringer for havvind

Forvaltningsplanenes rettslige virkninger for havvind er uklare. I dette kapittelet vil jeg derfor først si noe om forvaltningsplanenes virkninger generelt, før jeg vurderer nærmere to forhold ved planen som kan tenkes å være særlig relevant for havvind.

Forvaltningsplanene er som nevnt gitt i form av stortingsmeldinger og er ikke hjemlet i lov. Stortingsmeldinger utformes av regjeringen og legges frem for Stortinget. Formålet med meldingene er ofte å skape diskusjon rundt større temaer som regjeringen ikke har gjort seg opp en endelig mening om.²¹³ Planene blir ikke vedtatt av Stortinget, men blir etter endt behandling vedlagt protokollen. Meldingene får derfor

²¹⁰ At økt bruk av havområdene vil medføre behov for å avklare kryssende hensyn i enkelte havområder er nevnt i St.meld. nr. 20 (2019–2020) s. 112, men det er ikke klart hvordan dette skal skje.

²¹¹ St.meld. nr. 20 (2019–2020) s. 19.

²¹² St.meld. nr. 20 (2019–2020) s. 19.

²¹³ Stavang (1999) s. 84. Eksempelvis la regjeringen frem en stortingsmelding om endringer i kvotesystemet for fiske i 2019, Meld.St. 32 (2018–2019), hvor regjeringen beskrev dagens situasjon og la frem en rekke ulike tiltak som regjeringen mente burde gjennomføres for å forbedre kvotesystemet.

ikke direkte virkninger for de regelsett som meldingen gjelder, men gir regjeringen mulighet til å teste ut politiske forslag. I forbindelse med behandlingen kan Stortinget fatte vedtak om regjeringens videre arbeid med saken.²¹⁴ På et senere tidspunkt kan forslagene komme tilbake til Stortinget i form av lovproposisjoner. Meldingene kan også gi grunnlag for en videre politisk diskusjon og politiske avtaler.²¹⁵ Stortingsmeldingene er med andre ord ikke nødvendigvis ment å ha rettslig betydning.

I juridisk teori debatteres det likevel om stortingsmeldinger har rettslige virkninger; som etterarbeider ved lovtolkning og som retningslinje for forvaltningsskjønnet.²¹⁶ I denne oppgaven vil jeg konsentrere meg om det siste spørsmålet; altså om forvaltningsplanene kan ha betydning for skjønnsutøvelsen ved åpning av områder for havvind. Stortingsmeldinger kan tenkes å ha betydning både som retningslinje fra Stortinget til Regjeringen/forvaltningen og fra Regjeringen til forvaltningen. Fordi åpningen av områder gjøres av Kongen i Statsråd, er det det forholdet mellom Stortinget og Regjeringen som vil vurderes her.

Stortingsmeldinger som retningslinjer for regjeringen må sees i sammenheng med spørsmålet om Stortinget har alminnelig instruksjonsmyndighet overfor regjeringen.²¹⁷ Diskusjonen har særlig knyttet seg til hvorvidt en slik instruksjonsmyndighet medfører konstitusjonelt rettslige bindinger for regjeringen eller om det utelukkende bygger på det parlamentariske ansvaret.²¹⁸ Det virker å være enighet om at instruksjoner krever formelt vedtak, og at Stortingsmeldinger som vedlegges protokollen som utgangspunkt ikke er tilstrekkelig.²¹⁹ Det er imidlertid ingenting i veien for at Stortinget fatter instruksjonsvedtak i forbindelse med en

²¹⁴ I den nevnte kvotemeldingen kom Stortinget med ti ulike vedtak, se blant annet Vedtak 549 (2019–2020) og Vedtak 559 (2019–2020).

²¹⁵ Eksempelvis klimaforliket som ble inngått på bakgrunn av St.meld. nr. 34 (2006–2007), se Klimaavtalen (2008).

²¹⁶ Se blant annet Boe (2012) s. 236–254, Eckhoff (2017) s. 95 og Rt. 2007 s. 561 om stortingsmeldinger som etterarbeider og Boe (1981) pkt. 3 om stortingsmeldinger som retningslinje for skjønnsutøvelsen.

²¹⁷ Castberg introduserte denne læren først i 1964, som et utslag av parlamentarismen, se Castberg (1964) s. 61–64.

²¹⁸ Se blant annet Sejersted (2003), Kierulf (2018) og Holmøyvik (2018).

²¹⁹ Castberg (1964) s. 61–64, Sejersted (2003).

stortingsmelding. Boe har, som svar på denne begrensningen, lansert en teori om uttalelser i stortingsdokumenter som rettslige signaler, altså retningslinjer for forvaltningens skjønn.²²⁰ Der spørsmålet om Stortingets adgang til å instruere regjeringen og forvaltningen handler om en rettslig plikt til å følge slike instruksjoner, snakker Boe om en «mykere» rettsvirkning i form av føringer og momenter for forvaltningens skjønnsbruk. Boe har fått en viss tilslutning for sitt syn, men flere har også uttrykt at det ikke er ønskelig med en slik styring av forvaltningen fra Stortinget.²²¹ Stavang er av den oppfatning at det kreves formelt vedtak for å binde regjeringen.²²² Stavang ser likevel ikke bort fra at uttalelser i stortingsmeldinger «blir så eintydige, og står så sentralt, at det seinare vil vere umogeleg for regjeringa å slå inn på ein ny kurs heilt på eiga hand».²²³ Denne siste uttalelsen er nok dekkende for den generelle oppfatningen i dag.²²⁴

Spørsmålet er så om det er forhold ved forvaltningsplanene som tilsier at de skal ha andre virkninger enn det som gjelder for stortingsmeldinger forøvrig. I mangel av autorative kilder om planenes rettskildemessig vekt, er det naturlig å starte med å vurdere hva statsmaktene selv har ment ved vedtakelsen av meldingene. I Stortingsmeldingen som introduserer forvaltningsplanene legges det til grunn at forvaltningsplanene ikke vil få rettsvirkninger, men at

«det en forutsetning at planene skal kunne gi forutsigbare rammebetingelser for aktiviteter og tiltak. Dette må likevel ikke være til hinder for at betingelsene kan endres dersom det er nødvendig for å sikre at det ikke skjer vesentlig skade på miljøet»²²⁵

²²⁰ Boe (2012) s. 162.

²²¹ Smith (1980) s. 241. Mathiesen (1986) s. 467–468 og s. 474–476.

²²² Stavang (1982) s. 751.

²²³ Stavang (1999) s. 84.

²²⁴ Se også Eckhoff (2017) s. 100. Han trekker imidlertid grensen for innskrenkende tolkning av privatpersoners rettigheter.

²²⁵ St.meld. nr. 12 (2001–2002) s. 21–22.

Slike uttalelser i stortingsmeldinger er nok ikke egnet for strenge ordlydstolkninger, men fortjener likevel en viss analyse i mangel av andre rettskilder. Når regjeringen legger til grunn at planen ikke vil ha rettsvirkninger må det som utgangspunkt antas at planen ikke vil ha rettslig virkning for senere avgjørelser om ressursutnyttelse til havs. Samtidig er det en viss motsetning mellom ingen rettsvirkninger på den ene siden, og «forutsigbare rammebetingelser» på den andre. Dette tilsier i det minste at planene legger noen politiske føringer. Siste setning leses best som et unntak, og styrker på denne måten at planen er ment å ha selvstendig betydning.

Hvordan Stortinget og regjeringen har forholdt seg til planene senere kan også tenkes å si noe om forvaltningsplanenes betydning. I 2015 fikk Stortinget forelagt «Oppdatering av forvaltningsplanen for Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten». Planen innebefattet også en ny beregning av iskanten, som grense for petroleumsvirksomhet. Stortinget besluttet her å ikke legge meldingen ved protokollen, men sendte i stedet meldingen tilbake til regjeringen, med anmodning om å utarbeide en helt ny forvaltningsplan.²²⁶ Flertallet i komitéen begrunnet dette i at oppdateringen ikke fulgte den avklarte prosessen for forvaltningsplanene og ikke tok hensyn til ny kunnskap på en «helhetlig måte».²²⁷ At Stortinget her velger å ikke vedlegge meldingen i protokollen tilsier at en slik handling har konsekvenser, om ikke rettslig så i hvert fall politisk.

Forvaltningsplanenes rettsvirkning har ikke vært gjenstand for stor debatt i litteraturen, men Bugge har kommentert problemstillingen i en artikkel. Han mener at forvaltningsplanene vil kunne fungere som en instruks til regjeringen, men at det er opp til den sittende regjeringen å vurdere hvordan de nærmere skal forholde seg til en slik instruks.²²⁸ Bugge påpeker også at kommende regjeringer ikke nødvendigvis vil føle seg like bundet av planen, særlig med tanke på de ulike merknadene som fremkommer under politisk behandling. Det virker i artikkelen som at Bugge i all hovedsak legger den alminnelige oppfatningen av

²²⁶ Vedtak 733 (2014–2015).

²²⁷ Innst. 383 S (2014–2015) s. 5.

²²⁸ Bugge (2013) s. 84.

stortingsmeldingers begrensede rettskildemessige betydning til grunn. Schütz omtaler forvaltningsplanene som rene politiske planer.²²⁹

Til tross for at forvaltningsplanenes karakter og formål skulle tilsi en strengere binding, er det på bakgrunn av det ovennevnte mest naturlig å anta at forvaltningsplanene ikke har sterkere rettsvirkninger enn andre stortingsmeldinger. Likevel vil det nok ha politiske konsekvenser om klare retningslinjer ikke blir fulgt. I det følgende vil jeg på denne bakgrunn også kommentere to uttalelser i planen som har særlig betydning for havvind.

4.3.2.1 Uttalelser om forholdet mellom ulike næringer

I forvaltningsplanen uttales det at regjeringen vil:

«Legge til rette for gode beslutninger om sameksistens og samordning av arealbruk til havs, ved å utrede konsekvenser herunder de samfunnsøkonomiske virkningene av ulike alternativer for utnyttelse av havarealer, og vil som en politisk oppgave avveie kryssende hensyn i enkeltsaker.»²³⁰

Uttalelsen knytter seg til samtlige konsesjonsprosesser til havs. Formuleringen er vag og vektleggingen av konkrete avveininger som en politisk oppgave tilsier at uttalelsen vil ha liten betydning i konkrete saker. At alternativ bruk skal konsekvensutredes harmonerer imidlertid godt med et mål om samordning av interesser. At samfunnsøkonomiske virkningene skal vektlegges, kan ha betydning for havvind som i begrenset grad er lønnsomt i dag. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 7.3. Samlet sett gir uttalelsen få føringer for hvordan arealkonflikter skal håndteres, utover at det skal legges vekt på sameksistens og samordning. Basert på vurderingen over om rettskildemessig verdi av forvaltningsplanene er det neppe tilstrekkelige klare holdepunkter i planene i dag til å si at de legger føringer for vektingen av andre miljø- og arealinteresser i behandlingen av konsesjoner.

²²⁹ Schütz (2013) s. 600.

²³⁰ St.meld. nr. 20 (2019–2020) s. 137.

4.3.2.2 Betydningen av SVOer i vurderingen av åpning av områder for havvind

Som nevnt over i kapittel 4.3.1 angir forvaltningsplanene SVOer, altså områder som er særlig verdifulle eller sårbare. Det er flere av områdene som er aktuelle for havvind som ligger i slike SVOer eller som grenser til disse, herunder både Utsira Nord og Særlige Nordsjø II som ble åpnet i 2020.²³¹ Dette reiser spørsmål om betydningen av SVOer i avgjørelsen om åpning av områder.

Om betydningen av SVOer generelt står det i forvaltningsplanene at de ikke gir «direkte virkninger i form av begrensninger for næringsaktivitet» men at de «signaliserer viktigheten av å vise særlig aktsomhet i disse områdene.»²³² Det er altså ikke meningen å stenge for næringsaktivitet i disse områdene, men at angivelsen skal fungere som en varselampe når forvaltningen vurderer aktivitet. I forvaltningsplanen uttales det videre at eventuell aktivitet må «foregå på en måte som ikke truer områdenes økologiske funksjoner eller naturmangfold».²³³ Forvaltningsplanen gir også uttrykk for at «[f]orvaltningen skal ta særlig hensyn til behovet for vern og beskyttelse av sårbare naturtyper og arter» i disse områdene.²³⁴ Disse uttalelsene signaliserer at forvaltningen skal utøve varsomhet i disse områdene. Selv om uttalelsene åpner for næringsaktivitet, kan det i en konkret sak være forhold som tilsier at tillatelse ikke bør gis. I andre tilfeller kan det være forsvarlig å tillate aktiviteten, men at forvaltningen bør pålegge vilkår for å sikre at aktiviteten ikke skader det aktuelle området.

Hvilke tiltak som er nødvendige vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet basert på karakteristikkene ved det aktuelle området og typen næringsvirksomhet som skal gjennomføres. Selv om områdene er valgt basert på bestemte kriterier, er det ulike forhold ved områdene som gjør de spesielt sårbare eller verdifulle. Eksempelvis er SVO Tromsøflaket karakteristisk ved at strømvirvler fører til at fiskelarver oppholder seg

²³¹ NVE (2010) s. 105 og 133.

²³² St.meld.nr.20 (2019–2020) s. 19.

²³³ St.meld.nr.20 (2019–2020) s. 15.

²³⁴ St.meld.nr.20 (2019–2020) s. 15.

i farvannet over lengre tid.²³⁵ SVO Kystsonen har på sin side viktig tare-skog og er leveområde for flere sjøpattedyr.²³⁶ De forskjellige biologiske faktorene medfører at en næringsaktivitet som er harmløs i et område kan gjøre stor skade i et annet.

I vurderingen av om det skal utøves aktivitet i en SVO, må det også ses hen til naturmangfoldlovens miljøprinsipper og Grunnloven § 112. Selv om forvaltningsplanen ikke har tilstrekkelige rettslige føringer til å hindre aktivitet i et aktuelt område, kan disse prinsippene medføre at forvaltningen ikke bør gi tillatelse. De faktiske observasjonene som er gjort ved angivelsen av SVO kan for eksempel tilsi at vi ikke har nok kunnskap om hvordan næringsaktivitet vil påvirke det aktuelle området, slik at føre-var-prinsippet kommer i spill. Tilsvarende kan Grunnloven § 112, i samvirke med SVO-angivelsen, virke inn ved forvaltningens skjønnsutøvelse etter havenergiloven.

Angivelsen av SVOer betyr altså ikke at havvind er utelukket et område, men at det må vurderes i den enkelte sak basert på konsekvensene havvind kan få for det konkrete området. Det må også vurderes om området kan beskyttes gjennom å fastsette vilkår til aktiviteten.

4.4 Samlet vurdering av de sektorovergriende planreguleringene

Kapittel 4.2 over om plan- og bygningsloven, viser hvordan plan- og bygningslovens regler om samordning og planlegging har liten betydning for utbygging av havvind i de områdene hvor loven gjelder. I de områder hvor konsesjon skal vedtas etter energiloven i sjø vil de omfattende unntakene i plan- og bygningsloven for energiutbygging på land gjelde tilsvarende. Utenfor energilovens virkeområde er det nødvendig med avklaringer fra lovgiver om forholdet mellom plan- og bygningsloven og havenergiloven.

Utenfor plan- og bygningslovens virkeområde er forvaltningsplanene det nærmeste man kommer sektorovergripende planlegging. Bak arbeidet

²³⁵ St.meld.nr.20 (2019–2020) s. 32.

²³⁶ St.meld.nr.20 (2019–2020) s. 44.

med forvaltningsplanene ligger et svært viktig arbeid med kartlegging og utredning av de faktiske forholdene til sjøs. Kunnskapsinnhenting vil ha betydning også for sektormyndighetenes avgjørelser. Det rettslige potensialet til planene virker imidlertid ikke å være fullt ut benyttet. Særlig for havvinds vedkomne gir forvaltningsplanene lite veiledning for forvaltningens avgjørelse i enkeltsaker. Sammenholdt med usikre rettsvirkninger minsker dette betydningen av forvaltningsplanene som et verktøy for å «gi forutsigbare rammebetingelser for aktiviteter og tiltak», slik det var tiltenkt.²³⁷

Samlet sett må det derfor konkluderes med at den sektorovergripende planleggingen på disse områdene er svak. Innenfor plan- og bygningslovens virkeområde er energianlegg i stor grad unntatt plan- og bygningslovens regler og forholdet til havenergiloven er uklart. Utenfor virkeområdet oppstiller forvaltningsplanene få føringer for arealbruken. Dette svekker muligheten til å vurdere sjønæringenes arealbruk og sameksistens helhetlig.

²³⁷ St.meld. nr. 12 (2001–2002) s. 21–22.

5 Om åpning av områder for havvind

5.1 Innledning

Avgjørelsen om åpning av område er første skritt på veien mot vindmølleparker i norske farvann. Beslutningen har derfor stor betydning for hvor, og i hvilket omfang, det bygges vindmøller. For å sikre sameksistens mellom de øvrige næringene og vindkraftutbyggingen er det derfor viktig at disse interessene vurderes ved åpningsbeslutningen. I dette kapittelet vil jeg derfor undersøke hvordan reguleringen av åpningsbeslutningen hensyntar andre interesser til sjøs. Havenergiloven § 2-2 om åpningsbeslutninger gir uttrykk for at:

«Kongen i statsråd kan fastsette at eit nærare stadleg avgrensa område som er omfatta av § 1-2 skal opnast med sikte på tildeling av konsesjon etter § 3-1»

Etter bestemmelsen har Kongen i statsråd en skjønnsmessig adgang til å åpne områder «med sikte på» fremtidig konsesjonsbehandling. Hverken havenergiloven § 2-2 (1) eller havenergiloven § 3-1 om konsesjon sier uttrykkelig at et område må åpnes før det kan gis konsesjon. Sammenhengen mellom bestemmelsene tilsier likevel en slik tolkning. At åpning er en forutsetning for konsesjon er også lagt til grunn i forarbeidene.²³⁸ Bestemmelsen gir på denne måten anvisning på en sektorplan; planen utarbeides under ledelse av sektormyndighetene og søker å regulere arealbruken til en bestemt aktivitet.²³⁹

I overskriften til havenergiloven § 2-2, samt bestemmelsens fjerde og femte ledd, snakkes det om åpning av «areal». I bestemmelsens første, andre og tredje ledd brukes betegnelsen «område». Også i lovproposi-

²³⁸ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 64.

²³⁹ Backer (2012) s. 176.

sjonen brukes uttrykkene om hverandre.²⁴⁰ Det virker ikke å være noe konsekvent skille mellom når det ene eller andre uttrykket brukes, selv om det kanskje er en viss tendens til at «område» benyttes om det konkrete og «areal» om det abstrakte. I denne oppgaven bruker jeg begrepet «område», da jeg mener det gir et bedre bilde på det bestemmelsen gjelder. Ordet «areal» vil likevel kunne dukke opp i sitater og lignende.

Energiloven oppstiller ikke et tilsvarende krav om åpning av områder for vindkraft på land. Her kan den som ønsker å bygge vindkraftanlegg sende søknad om konsesjon i det området han selv mener er egnet, og så må dette vurderes av forvaltningen.²⁴¹ Bestemmelsen i havenergiloven virker i stedet å være inspirert av petroleumsloven § 3-1 som oppstiller et lignende krav for petroleumsvirksomhet. Hvor rettskildetilfanget er tynt kan det altså være aktuelt å se hen til regelverket for petroleum for veiledning. Samtidig er det sentrale forskjeller, både i utformingen av de aktuelle bestemmelsene om åpning og i lovenes system ellers, som gjør at det ikke nødvendigvis kan trekkes direkte paralleller mellom de to bestemmelsene.²⁴²

I de neste fire kapitlene vil jeg undersøke de nærmere materielle, personelle og prosessuelle reglene knyttet til åpning av områder for konsesjon. I dette kapitlet vil jeg si noe innledende om hvilke områder som kan åpnes og hvordan den innledende arealavgrensningen skjer. I kapittel 6 vil jeg undersøke kravet til konsekvensutredning, før jeg vurderer kravene til selve beslutningen i kapittel 7. I kapittel 8 vil jeg vurdere reglene samlet.

²⁴⁰ Se blant annet Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80–81. Under overskriften «Merknader til § 2-2 (Opning av areal)» benyttes betegnelse om hverandre, også innad i et avsnitt hvor det er snakk om samme ledd i paragrafen.

²⁴¹ Energiloven § 2-1, 2-2, 3-1 og 3-2.

²⁴² Petroleumsloven opererer med ulike typer tillatelser som ikke finnes i havenergiloven, og som kan påvirke forståelsen av petroleumsloven § 3-1, se petroleumsloven § 3-2 om inndeling av kontinentalsokkelen og petroleumsloven §§ 2-1 og 3-3 om undersøkelsestillatelse og utvinningstillatelse. Det er også stor usikkerhet knyttet til hvorvidt man vil finne petroleum ved åpning av nye felt.

5.2 Hvilke områder kan åpnes?

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på hvilke områder som *kan* åpnes for konsesjon og hvilke områder som eventuelt er utelukket. Dette er nødvendig for å få en forståelse for hvordan konsesjonsutbyggingen og planleggingen av denne vil se ut. Et første spørsmål er hvilke områder loven legger opp til at kan åpnes, og hvordan disse skal avgrenses.

Etter havenergiloven § 2-2 (1) kan det åpnes «nærmere stedleg avgrensa område som er omfatta av § 1-2». Havenergiloven § 1-2 beskriver lovens virkeområde og ble redegjort for over i kapittel 3.3.2. Det følger av den vurderingen, sammenholdt med havenergiloven § 2-2, at det kan åpnes områder i territorialfarvannet og på kontinentalsokkelen. I tillegg omfattes også områder i sjø innenfor grunnlinjene etter vedtakelsen av havenergilovforskriften § 1 (2), som gir havenergiloven § 2-2 anvendelse også i indre farvann.²⁴³ Det kan derimot ikke åpnes områder i den økonomiske sonen eller på det åpne hav.²⁴⁴

At områdene må være «nærmere stedleg avgrensa» innebærer at området skal defineres geografisk. Utover dette gir ikke bestemmelsen noen klare føringer på områdenes størrelse eller hvordan de skal avgrenses. I høringsnotatet til forslaget om ny havenergilovforskrift forutsettes det at det kan gis konsesjon til flere ulike aktører innenfor et og samme område.²⁴⁵ Det er ingenting i lovens ordlyd som hindrer dette. Områdenes størrelse må da fastsettes på andre kriterier enn anleggets presumptive størrelse. Det er da naturlig at de kriteriene som benyttes for å velge områdene, også benyttes for å avgrense området geografisk. Hvilke faktorer dette er vil bli nærmere gjennomgått i kapittel 4.2, men det vil i tillegg til tekniske forhold, blant annet dreie seg om miljøsensyn og hensyn til andres bruk.²⁴⁶ Som eksempel vil naturmangfoldlovens prinsipp om økosystemtilnærming kunne ha betydning.²⁴⁷ Hvor det vurderes

²⁴³ Bestemmelsen er hjemlet i havenergiloven § 1-2(7) og energiloven § 1-1 (3).

²⁴⁴ Havenergiloven § 2-1 (4) gir adgang til å gjøre havenergiloven gjeldende i den økonomiske sonen også, men det er foreløpig ikke gjort.

²⁴⁵ Olje- og energidepartementet (2019) s. 13.

²⁴⁶ Dette er forhold som er nevnt i Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 32–38.

²⁴⁷ Se naturmangfoldloven § 10.

vindmøller i nærheten av et særlig sårbart område, vil dette kunne tilsi en avgrensning av området som sikrer at økosystemfunksjonene i det sårbare området opprettholdes. Dette kan også tilsi at grensene for området bør trekkes et godt stykke unna det sårbare området, særlig dersom det er knyttet usikkerhet til konsekvensene. Det er altså opp til forvaltningen å avgrense områder, til den størrelsen de anser hensiktsmessig, innenfor lovens geografiske virkeområde.

Et annet spørsmål er om enkelte typer rettigheter medfører en absolutt begrensning på adgangen til å åpne et område for havvind. Forholdet mellom havvindplanlegging og andre rettigheter til sjøs, kan si noe om styrkeforholdet i planleggingsprosessen. En første problemstilling i den forbindelse er om grunneier kan ha rettigheter i kystnære områder som tilsier at vindmøller ikke kan oppføres uten samtykke. Høyesterett har lagt til grunn at eiendomsretten for en eiendom med sjøstripe normalt går ut til «marbakken eller – hvis marbakke ikke kan påvises – til to meters dybde ved middels lav vannstand», jf. Rt. 2011 s. 556. Så nært som dette vil det neppe være aktuelt å plassere vindmøller. Utenfor dette kan grunneieren likevel ha begrensede rettigheter som følge av strandretten.²⁴⁸ Myklebust vurderte betydningen av strandretten ved havvindutbygging i sin doktorgradsavhandling.²⁴⁹ Myklebust viser til at strandeier har vern mot visse ulemper som følge av tiltak i sjøen. Det er ikke noen geografisk grense for når dette vernet slutter å opphøre, men jo lengre unna tiltaket er, jo mindre grunnlag er det for å vurdere spørsmålet etter strandretten. I stedet vil det være et spørsmål om ulempen for de beboende i området. Om det er naturlig å foreta en ulempevurdering basert på strandretten beror på en konkret vurdering, ifølge Myklebust. Dette virker fornuftig.

Hvor andre aktiviteter er gitt tillatelse til aktivitet i havområdene, slik som petroleum og akvakultur, vil spørsmålet bero på en konkret tolkning av den aktuelle tillatelsen. Som eksempel gir utvinningstillatelse etter petroleumsloven § 3-1 enerett til undersøkelse, leteboring og utvinning i området. Eneretten gir både positive og negative rettighetsutslag.²⁵⁰

²⁴⁸ Rt. 2011 s. 556 premiss 42.

²⁴⁹ Myklebust (2010).

²⁵⁰ Hammer (2012) Kommentar til § 3-3 pkt. 6.2.

De positive rettighetene ligger i at innehaver har rett til å gjennomføre den aktuelle aktiviteten, mens de negative rettighetene knytter seg til at ingen andre kan gjøre tilsvarende aktiviteter i området. Denne negative siden av retten knytter seg til forholdet til andre petroleumsaktører og regulerer ikke andre næringsaktørers interesser i området. Dette følger av ordlyden som kun gir enerett til petroleumsaktivitet.²⁵¹ Det kan imidlertid gis forbud mot annen aktivitet gjennom sikkerhetssoner, jf. petroleumsloven § 9-4. Samtidig følger det av petroleumsloven § 3-12 at innehaver av utvinningstillatelsen må tåle at andre plasserer rørledninger eller «andre innretninger» i området så lenge det ikke medfører «urimelig ulempe». Bestemmelsen oppstiller altså en form for tålegrensevurdering. Ved spørsmål om vindmøller kan oppføres i området, må det vurderes hvilke ulemper dette medfører for petroleumsvirksomheten og hvorvidt det er en ikke-akseptabel byrde. Bestemmelsen har nok i all hovedsak hatt til sikte å regulere rørledninger fra andre petroleumsinstallasjoner, men kan kanskje også benyttes på vindturbiner.²⁵² Ordlyden «andre innretninger» utelukker i hvert fall ikke dette. Myndighetene kan dermed gi tillatelse til vindturbiner i petroleumsområder uten at innehaver til petroleumstillatelsen samtykker. Dette er nok imidlertid lite praktisk, ettersom regjeringen har gått langt i å si at det ikke vil gis tillatelse til havenergi i slike områder uten tillatelse fra petroleumsaktørene.²⁵³

Absolutte begrensninger kan også følge av vernebestemmelser eller særrettigheter, men også her må det gjøres en konkret vurdering basert på de aktuelle bestemmelsene eller rettighetene. Selv om unntak kan tenkes, vil fiskeri og skipstrafikk som regel ikke kunne gi absolutte skranker mot havvindutbygging, da rettighetene i disse tillatelsene som oftest ikke knytter seg direkte til geografiske områder.²⁵⁴ Hvor det ikke foreligger konkrete rettigheter vil vurderinger av andre interessers behov

²⁵¹ En forklaring er nok at det frem til nå har vært få andre aktiviteter i disse havområdene som legger permanent beslag på areal.

²⁵² Hammer (2012) Kommentar til § 3-12 pkt. 1.

²⁵³ Kgl.res. av 12. juni 2020 (a) s. 18.

²⁵⁴ Fiskeriets stilling opp mot havinstallasjoner, særlig petroleumsinstallasjoner, har vært vurdert flere ganger, se særlig NOU 1986:6.

for området måtte vurderes under forvaltningens skjønnsutøvelse, se særlig kapittel 7.3.

5.3 Innledende vurdering av aktuelle områder

Havenergiloven § 2-2 (1) og (2) oppstiller krav om åpning av områder og konsekvensutredning. Bestemmelsen sier derimot ikke noe om hvordan områdene som konsekvensutredes skal velges. I «Strategi for fornybar energiproduksjon til havs», inntatt i odelstingsproposisjonen til havenergiloven, fastslår departementet at det ikke kan gjøres en konsekvensutredning av hele det norske havområdet og at det derfor må foretas en «arealavgrensning».²⁵⁵ Den første og eneste arealavgrensningen så langt ble gjennomført i 2010. Resultatet var 15 områder som en mente burde konsekvensutredes.²⁵⁶ Utredningen konkluderte også med at det ikke finnes noen egnede områder som ikke også vil påvirke andre areal- og miljøinteresser.²⁵⁷ Prosessen har altså stor betydning for lokaliseringen av vindmøllene og for sameksistensen mellom næringene. Våren 2021 ga regjeringen uttrykk for at en tar sikte på å gjennomføre en ny arealavgrensning innen få år, hvor en i tillegg til å revurdere de områdene som ble plukket ut i 2010 vil se på nye områder.²⁵⁸ I det følgende vil jeg se nærmere på de prosessuelle rammene knyttet til arealavgrensningen og hvilke kriterier som ligger til grunn for utvelgelsen.

Ettersom arealavgrensningen kun fremkommer av den nevnte strategien, er det på sin plass å si noe nærmere om denne. Strategien er inntatt i odelstingsproposisjonen, men har ikke nødvendigvis samme rettslige verdi. Strategien skal ikke begrunne og utdype lovreguleringen, som proposisjonen forøvrig.²⁵⁹ I stedet skal den redegjøre for utfordringer og muligheter, samt gi nærmere føringer på hvordan departementet skal gå

²⁵⁵ Ot.prp. nr 107 (2008–2009) s. 30.

²⁵⁶ NVE (2010) s. 172.

²⁵⁷ NVE (2010) s. 87.

²⁵⁸ Meld. St. 36 (2020–2021) s. 100.

²⁵⁹ Mestad (2019) s. 84.

frem for å finne egnede areal.²⁶⁰ Strategien har nok derfor større verdi som instruks til forvaltningen enn som lovtolkningsmoment. Videre er ikke strategien ment å gjelde for mer enn den første arealavgrensningen.²⁶¹ Det er altså ikke nødvendigvis slik at de samme føringene vil gjelde for neste arealavgrensning. Jeg vil likevel ta utgangspunkt i arealavgrensningen slik den er beskrevet i strategien og slik den ble gjennomført i 2010, for å gi et eksempel på hvordan prosessen kan gjennomføres, samt for å fremheve forhold en bør være oppmerksom på ved gjennomføringen av den nye arealavgrensningen.

5.3.1 Prosessuelle rammer for arbeidet med arealavgrensningen

Arealavgrensningen danner grunnlaget for den senere konsekvensutredningen og beslutning om åpning av område. Hvordan arealavgrensningen gjennomføres og hvordan berørte interesser involveres i arbeidet er derfor av sentral betydning.

Et første spørsmål er hvem som skal gjennomføre arbeidet med arealavgrensningen. I strategien ble dette lagt til en direktoratsgruppe bestående av Kystverket, Direktoratet for naturforvaltning, Fiskeridirektoratet og Oljedirektoratet, og ledet av NVE.²⁶² Bakgrunnen for sammensetningen var at disse direktoratene representerer de mest sentrale interessene som vil bli berørt av havvindinstallasjoner, nemlig energiforsyning, fiskeri, petroleum, sjøtransport og naturmiljø.²⁶³ Gruppen rapporterte til en styringsgruppe bestående av Miljøverndepartementet og Fiskeri- og kystdepartementet, og ledet av Olje- og energidepartementet. Det ble videre forutsatt i strategien at gruppen skulle koordinere med arbeidet med helhetlige forvaltningsplaner til havs.²⁶⁴ At myndighetsorganene

²⁶⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 5.

²⁶¹ I Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) kap. 5.6, s. 39–40, står det at det vil kunne være aktuelt å gjennomføre flere slike avgrensninger og at kapittelet beskriver den første runden.

²⁶² Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40 og NVE (2010) s. 12.

²⁶³ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40.

²⁶⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40.

som regulerer de berørte interessene deltar i prosessen med arealavgrensningen, må antas å bidra til en mindre sektororientert tilnærming.

Et annet spørsmål av betydning er hvordan berørte interesser involveres i arbeidet. I strategien gis det uttrykk for at arbeidet med utredningen må legges opp på en slik måte at de relevante næringene og interessene får mulighet til å komme med innspill.²⁶⁵ Det gis imidlertid ikke føringer for hvordan dette skal skje. Underveis i arbeidet med den første arealavgrensningen ble det avholdt en workshop, samt flere møter med vindkraftaktører, offentlige etater og interesseorganisasjoner.²⁶⁶ Arealavgrensningen ble lagt ut på høring etter at rapporten ble ferdigstilt, men før departementet avgjorde hvilke områder som skulle konsekvensutredes.²⁶⁷ Sammen med arealavgrensningen ble det også sendt ut på høring et forslag til utredningsprogram for den strategiske konsekvensutredningen slik at interesserte også kunne komme med innspill til den videre prosessen.²⁶⁸ Dette er i tråd med forutsetningene i strategien.²⁶⁹ Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved om det ikke burde fastsettes klarere krav til involvering av berørte interesser og deres organisasjoner.

Til slutt er det et spørsmål hvilke krav som stilles til direktoratsgruppens kunnskapsgrunnlag. Strategien, inntatt i proposisjonen, sier svært lite om hvilket informasjonsgrunnlag direktoratsgruppen skal benytte seg av i arealavgrensningen, men uttaler at vurderingene skal bygge på tilgjengelig kunnskap.²⁷⁰ Direktoratsgruppen skal altså ikke forsøke å tette kunnskapshull knyttet til konsekvensene av havvindsutbygging, men skal samle inn og analysere tilgjengelig informasjon. Direktoratsgruppen uttaler at de benyttet seg særlig av Geografiske informasjonssystemer (GIS) i arbeidet med utredningen.²⁷¹ Dette er programvarer som benyttes for å innhente og presentere informasjon om ulike geografiske

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40.

²⁶⁶ NVE (2010) s. 12.

²⁶⁷ Olje- og energidepartementet (2010).

²⁶⁸ NVE (2010) s. 178–180. Se nærmere om dette i kapittel 6.4.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 41.

²⁷⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 41.

²⁷¹ NVE (2010) s. 9.

plasseringer.²⁷² I tillegg til å bygge på relevant informasjon, utarbeidet direktoratsgruppen et større bakgrunnsmateriale bestående av flere ulike rapporter.²⁷³

Hva som må utredes i forbindelse med arealavgrensningen, og hva som kan vente til den strategiske og prosjektspesifikke konsekvensutredningen er også kommentert i strategien, om enn kort. Her uttales det at det ved arealavgrensningen må «gjerast ei første samanstilling og drøfting av dei ulike tekniske og økonomiske forholda, og forholdet til miljø- og andre arealinteresser».²⁷⁴ Hva som ligger i «ei første samanstilling» er noe uklart, men det virker ikke å stille særlig strenge krav. Det kan være naturlig å forstå uttalelsen slik at det er tilstrekkelig med en redegjørelse av de faktiske forhold så langt de følger av det innhentede materialet og uttalelser fra berørte interesser.

Drøftelsen viser at det er relativt uklare prosessuelle rammer knyttet til selve arealavgrensningen. Når en nå potensielt går over i en fase med hyppigere åpningsprosesser i Norge, vil det være ønskelig med en standardisering av dette arbeidet for å øke forutberegneligheten for berørte interesser.

5.3.2 Aktuelle havområder og kriterier for valg av områder

Det er videre naturlig å spørre hvilke kriterier arealavgrensningen bygger på. I hvilken grad det legges vekt på hensynet til miljø og andre næringsinteresser på dette stadiet vil kunne ha stor betydning for konfliktnivået senere i konsesjonsprosessen.

Et første spørsmål er hvilke havområder direktoratgruppen ble bedt om å undersøke. Strategien virker å forutsette at samtlige havområder rundt norskekysten skulle vurderes i arealavgrensningen.²⁷⁵ På tidspunktet strategien ble lansert, og den første arealavgrensningen gjennomført, gjaldt ikke havenergiloven innenfor grunnlinjene. Strategien

²⁷² Ørstavik (2020).

²⁷³ NVE (2010) s. 12 og 87.

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 38.

²⁷⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 39–41.

la likevel opp til at arealavgrensningen også skulle inkludere områder innenfor grunnlinjen, med henvisning til at det kunne være aktuelt å gi loven anvendelse for disse områdene etter havenergiloven § 1-2.²⁷⁶ Om Nordsjøen uttales det den sørlige delen vil være særlig interessant med tanke på tilkobling til det internasjonale markedet.²⁷⁷ For andre havområder sier strategien at det her må tas hensyn til at anlegg nok må tilkobles kraftnettet på land, ettersom det nok vil ta lengre tid å bygge ut et kraftnett til havs her.

Videre er det et spørsmål hvilke øvrige kriterier direktoratsgruppen ble bedt om å bruke i sin avgrensning av områder. Strategien gir uttrykk for at det er tre forhold som skal vurderes i arbeidet med arealavgrensning; tekniske og økonomiske forhold, andre arealbruksinteresser og miljø.²⁷⁸ Med tekniske og økonomiske forhold siktes det her blant annet til vindressursene på det aktuelle stedet, hvor dypt det er, hvor enkelt det er å føre energien tilbake til land og avstand til utenlandske marked.²⁷⁹ Som beskrevet i kapittel 1.3 kan vindmøllene være både bunnfaste og flytende. Hvilken teknologi som benyttes har betydning for hvor dypt møllene kan stå. I strategien gis det uttrykk for at arealavgrensningen «særleg bør vurdere område med havdyp eigna for botnfaste installasjonar. Område for flytande installasjonar kan mellom anna vere aktuelle som ledd i teknologiutvikling» Dette tyder på at arealavgrensningen i første omgang skal se etter relativt grunne områder, hvor det er mulig å benytte bunnfaste installasjoner. Det utelukkes likevel ikke at det kan være aktuelt å se på dypere områder, egnet til flytende vindkraft. Særlig i områdene utenfor Nordsjøen mener en i strategien det kan være aktuelt å se på områder egnet for flytende vindkraft.²⁸⁰ I arealavgrensningen nevnes også en rekke arealbruks- og miljøinteresser som er av betydning ved havvindvurderingen.²⁸¹ Av miljøinteresser nevnes særlig hensynet

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 42.

²⁷⁷ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40.

²⁷⁸ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40.

²⁷⁹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 32–33.

²⁸⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 40.

²⁸¹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 35–37.

til sjøfugl, marine pattedyr, fisk korallrev og særlige verdifulle naturområder etter forvaltningsplanene. Om sjøfugl sies det blant annet at viktige hekkeområder må indentifiseres tidlig og hvor informasjon ikke er tilgjengelig må dette vurderes nærmere i konsekvensutredninger.²⁸² Strategien viser også til visuelle virkninger, marine kulturminner, fiskeri, havbruk, sjøtransport, forsvarsinteresser og petroleumsvirksomhet.²⁸³ Når det gjelder havbruk fastslår strategien at det også må tas hensyn til områder som har potensiale for havbruk i fremtiden.²⁸⁴ For øvrig er redegjørelsen i strategien i hovedsak deskriptiv.

Spørsmålet er så hvordan de ulike kriteriene skal vektet mot hverandre. Strategien gir uttrykk for at «[e]i arealavgrensning må ta utgangspunkt i ei vurdering av tekniske og økonomiske forhold som vil vere avgjerande for kor vidt utbygging vil vere aktuelt».²⁸⁵ Videre fremgår det at miljø- og arealinteresser også skal «vurderast». Det er naturlig å tolke ordlyden slik at tekniske og økonomiske forhold anses som en forutsetning for at området er aktuelt. Særlig tekniske forhold er også egnet til å avgrense søket fra hele det norske havområdet, til mer aktuelle områder. Eksempelvis kan man utelukke områder hvor det er for dypt til å sette opp vindmøller. Ved gjennomføringen av den første arealavgrensningen virker direktoratsgruppen også å ha forstått uttalelsene slik at tekniske og økonomiske forhold er en forutsetning. I den nærmere vurderingen av hvilke områder som velges ut, legger direktoratsgruppen avgjørende vekt på tekniske og økonomiske forhold og viser her til proposisjonen med strategien.²⁸⁶ At visse tekniske forhold er en forutsetning for arbeidet er naturlig, men det innebærer også at teknologiske fremskritt kan gjøre forutsetningene i arealavgrensningen foreldet.

Når det gjelder den nærmere avveiningen av de ulike interessene uttaler direktoratsgruppen at de har endret og justert områdene underveis «for å hensynta andre interesser i den grad det var mulig, og det er fjernet

²⁸² Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 35.

²⁸³ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 36–37.

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 37.

²⁸⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 30.

²⁸⁶ NVE (2010) s. 87.

flere områder som av hensyn til andre arealbruks- og miljøinteresser ble vurdert å være uegnet for etablering av vindkraft». ²⁸⁷ Dette innebærer at andre interesser har hatt en viss betydning i vurderingen av de ulike områdene. Det uttales videre at «i enkelte av områdene har teknisk-økonomiske forhold veid tyngre enn andre arealbruks og miljøinteresser», som kan tale for at det har skjedd en avveining hvor særlig gode teknisk-økonomiske forhold kan utkonkurrere selv tungtveiende konkurrerende arealinteresser. Utover dette er det vanskelig å få et klart bilde av hvilke vurderinger som har blitt gjort for å komme frem til de aktuelle områdene.

I forbindelse med den førte arealavgrensningen har altså tekniske og økonomiske forhold vært avgjørende i vurderingen. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om miljø- og arealbruksinteresser har fått tilstrekkelig plass. Drøftelsen viser også at kunnskapsgrunnlaget fort vil bli foreldet, og underbygger viktigheten av å gjennomføre jevnlig arealavurderinger.

5.3.3 Betydningen av arealavgrensningen for den videre prosessen

Arealavgrensningen danner grunnlaget for neste steg i prosessen; den strategiske konsekvensutredningen. Den videre vurderingen vil som utgangspunkt konsentrere seg om de områdene som er valgt. Idet havenergilovent ikke nevner arealavgrensningen, er det imidlertid ingen rettslige hindringer for at det kan besluttes å utrede flere eller færre områder enn det arealavgrensningen gir anvisning på.

Ettersom arealavgrensningen ikke er lovfestet og uttalelsene i strategien bare knytter seg til den første arealavgrensningen, vil ikke disse kriteriene nødvendigvis være de samme ved en senere prosess. De overordnede temaene og interesseområdene vil nok være en naturlig del av vurderingen, men de mer spesifikke føringene vil ikke nødvendigvis være de samme ved en potensiell senere arealavgrensning. Eksempelvis kan det tenkes at fremtidige arealavgrensninger utelukkende vil fokusere på kystnære områder eller havvind til petroleum. Det kan også tenkes

²⁸⁷ NVE (2010) s. 87.

at de tekniske forutsetningene endres slik at det vil være aktuelt med havvind i områder som i dag ikke er teknisk tilgjengelig. Både havvindnæringen, miljøet og andre næringsinteresser er tjent med at jevnlig arealavgrensninger gjennomføres for å sikre at vurderingene ikke bygger på utdatert informasjonsgrunnlag. Samtidig er det en stor økonomisk kostnad knyttet til slikt arbeid.

6 Krav til utredning av konsekvenser

6.1 Innledning

Havenergilova §2-2 (2) oppstiller et krav om konsekvensutredning av aktuelle områder. Utredning av konsekvenser er av stor betydning for sameksistensen mellom næringene, og for at den samlede aktiviteten holder seg innenfor naturens tålegrense, ettersom kunnskap om de faktiske forholdene er nødvendig for å kunne fatte gode beslutninger. Bestemmelsen lyder:

«Før opning av område etter første ledd kan skje skal det utarbeidast konsekvensutgreiingar. Konsekvensutgreiingane skal inkludere vurderingar av miljømessige og samfunnmessige konsekvensar av fornybar energiproduksjon, så som konsekvensar for andre næringsinteresser»

Konsekvensutredningen på åpningsstadiet omtales gjennomgående som en strategisk konsekvensutredning.²⁸⁸ Den første strategiske konsekvensutredningen for havvind ble gjennomført i 2012.²⁸⁹ Konsekvensutredningen delte de 15 områdene fra arealavgrensningen inn i tre prioriteringsklasser basert på teknisk egnethet og potensielle interessekonflikter.²⁹⁰ En oppdatering av utredningen ble gjennomført i 2018.²⁹¹ Havenergiloven § 2-2 (2) gir bare uttrykk for det overordnede kravet om konsekvensutredning og enkelte interesser som må vurderes. Nærmere krav til utredningen må derfor søkes andre steder. I det følgende vil jeg undersøke nærmere hvilke krav som stilles til konsekvensutredningen. Jeg vil først si noe generelt om kravet til konsekvensutredning av saker som gjelder naturressurser og miljø. Deretter vil jeg vurdere i hvilken grad EU-regelverket stiller krav om å utrede strategiske beslutninger om

²⁸⁸ Se blant annet Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 38.

²⁸⁹ NVE (2012).

²⁹⁰ NVE (2012) s. 148.

²⁹¹ NVE (2018).

havvind og hvilke krav som stilles til prosessen og innholdet i konsekvensutredningen.

6.2 Generelt om krav til konsekvensutredning

Kravet om konsekvensutredning må sees i sammenheng med, og kan også tolkes som et utslag av, de generelle krav til utredning og tilfredsstillende beslutningsgrunnlag for myndighetsutøvelse, blant annet utpenslet i forvaltningsloven § 17 (1) og § 37 (1).²⁹² Bestemmelsene gir uttrykk for at forvaltningen skal sørge for at vedtak er «så godt opplyst som mulig». Ordlyden skal ikke forstås slik at forvaltningen må snu enhver stein, men at graden av utredning må baseres på hensyn til ressursbruk, riktig resultat og sakens viktighet.²⁹³ Bestemmelsene illustrerer hvilken betydning utredninger har i forvaltningsretten generelt.

På miljø- og naturressursområdet har en sett behov for ytterligere bestemmelser om utredning av konsekvenser av myndighetsbeslutninger, begrunnet i miljøets komplekse mekanismer. Virkningene for miljøet er ofte vanskelige å oppdage, det er knyttet stor usikkerhet til vurderingene og for å se de fulle konsekvensene for miljøet vil det ofte være nødvendig å se flere tiltak i sammenheng.²⁹⁴ For arealinngrep gjelder i tillegg det at slike beslutninger gjerne berører en stor gruppe tredjepersoner.²⁹⁵ I norsk rett skal derfor konsekvensutredningen sikre at både miljøhensyn og hensyn til andre aktører blir belyst og hensyntatt i beslutningsprosessen.²⁹⁶

Konsekvensutredningskravene kommer til uttrykk både i form av generelle normer om viktigheten av slike utredninger og detaljerte bestemmelser om hvilke tiltak som krever særlig konsekvensutredning og hvordan dette arbeidet skal gjennomføres. Grunnloven § 112

²⁹² NOU 2019: 5 s. 323.

²⁹³ HR-2017-2376-A premiss 33-36, NOU 2019: 5 s. 322 og Graver (2015) s. 427.

²⁹⁴ For en grundigere fremstilling om utfordringer knyttet til regulering av miljøkonsekvenser, se Bugge (2019) s. 59-75.

²⁹⁵ For vindkraft på land har dette særlig dreid seg om naboer. For havvind vil nok problemene oppstå i kontakt med andre næringsinteresser som fiske og petroleum.

²⁹⁶ Holth (2014) s. 23.

og naturmangfoldloven § 8 om kunnskapsgrunnlaget ved offentlige beslutninger er de mest sentrale generelle normene. Mer konkrete bestemmelser finnes ofte i forskrift. Konkrete krav følger også av EUs konsekvensutredningsdirektiv. Disse vil undersøkes nærmere nedenfor.

6.2.1 Grunnloven § 112 og naturmangfoldloven § 8 om overordnede krav til utredning

Etter Grunnloven § 112 (2) har norske borgere «rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen». Kravet skal sikre borgernes mulighet til å ivareta sin rett til miljø etter første ledd, se annet ledd annen setning. Ved vedtakelsen av bestemmelsen understreket Utenriks- og konstitusjonskomiteen bestemmelsens betydning for «reell borgermedvirkning».²⁹⁷ Bestemmelsen har blitt tolket slik at den også kan innebære en plikt til å innhente ny kunnskap i forbindelse med beslutninger av betydning for miljøet, men det nærmere innholdet i kravet er noe uklart.²⁹⁸

Kunnskapskravet i Grunnloven § 112 ble behandlet av Høyesterett i HR-2020-2472-P Klimasøksmålet. Spørsmålet for Høyesterett var om konsekvensutredningen av åpning var mangelfull, fordi vurderingen av økonomiske konsekvenser ikke opplyste om diskontert verdi eller fordi utslipp ved forbrenning av norsk petroleum i utlandet ikke var tatt med i beregningen. Førstvoterende uttalte at Grunnloven § 122(2) oppstiller kvalitetskrav til saksbehandlingen, og at når saksbehandlingskravene er nærmere regulert i petroleumslovgivningen må disse tolkes i lys av kravene i Grunnloven § 112.²⁹⁹ Altså stiller Grunnloven § 112(2) krav til utredningens innhold. Kravet er relativt til størrelsen på konsekvensene vedtaket har.³⁰⁰ Flertallet kom til at det ikke forelå saksbehandlingsfeil

²⁹⁷ Innst. S. nr. 163 (1991–1992) s. 6.

²⁹⁸ Se Fauchald (2016). Fauchalds artikkel ser særlig på kravet til utredning av lovgivning, men omtaler også utredning av strategiske beslutninger mer generelt. Også Bugge (2019) s. 164 ser ut til å forutsette at § 112 innebærer et krav til konsekvensutredning. Noe mer forbeholden se Backer (2012) s. 77.

²⁹⁹ HR-2020-2472-P premiss 183–184.

³⁰⁰ HR-2020-2472-P premiss 183.

i den konkrete saken.³⁰¹ De mente at fraværet av informasjon om at tallene ikke var diskontert var «uheldig», men at det og andre unøyaktigheter ikke hadde hatt noe å si for avgjørelsen og kunne derfor ikke medføre ugyldighet.³⁰² Videre mente flertallet at klimaeffekten ikke var mangelfullt vurdert. Her ble det særlig lagt vekt på at det på åpningstidspunktet var stor usikkerhet knyttet til de konkrete utslippene, at vurderingen gjorde seg bedre på senere tidspunkt i konsesjonsprosessen og at problemstillingen om globale klimautslipp generelt var et sentralt bakteppe for vurderingen om åpning.³⁰³ Flertallets konkrete vurdering bygger hovedsakelig på kravene i petroleumsforskriften og plandirektivet, og gir i liten grad uttrykk for selvstendige krav eller utvidende tolkning som følge av Grunnloven § 112.³⁰⁴

Mindretallet var i all hovedsak enig med førstvoterendes forståelse av Grunnloven § 112, men uttalte også at «[u]tredningene må [...] være objektive og så omfattende og fullstendige at de er egnet til å gi befolkningen reell innsikt i virkningene av de planlagte inngrepene».³⁰⁵ Dette strider ikke med førstvoterendes vurdering, men gir en klarere presisering av innholdskravet. Mindretallet understreket også viktigheten av saksbehandlingskravene når den materielle prøvingen er så tilbakeholden.³⁰⁶ Mindretallet kom til at klimakonsekvensene ved global forbrenning skulle vært vurdert og at dette måtte føre til ugyldighet, etter en vurdering av petroleumsregelverket, plandirektivet og Grunnloven § 112 sett i sammenheng.³⁰⁷

Avgjørelsen stadfester at Grunnloven § 112(2) stiller krav til utredning av miljøkonsekvenser og at utredningskrav i lovgivning må tolkes i lys av denne. Kravet gjelder også for strategiske beslutninger slik som åpning av

³⁰¹ HR-2020-2472-P premiss 207 om økonomiske vurderinger i konsekvensutredningen og premiss 241 om potensielle miljøutslipp som følge av forbrenning i utlandet.

³⁰² HR-2020-2472-P premiss 202 og 207.

³⁰³ HR-2020-2472-P premiss 214-223 og 228-238.

³⁰⁴ HR-2020-2472-P premiss 193-246.

³⁰⁵ HR-2020-2472-P premiss 255.

³⁰⁶ HR-2020-2472-P premiss 256.

³⁰⁷ HR-2020-2472-P premiss 259-288.

område. Den nærmere vurderingen virker derimot å bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

Kravet til utredning av konsekvenser følger også av naturmangfoldloven § 8, som sier at «offentlige beslutninger» som har betydning for naturmiljøet skal «så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap», likevel slik at kravet til kunnskap står i «rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet». Ordlyden «offentlige beslutninger» tilsier at bestemmelsen ikke bare gjelder vedtak etter forvaltningsloven. Dette er også forutsatt i forarbeidene.³⁰⁸ Åpning av områder for konsesjon må antas å falle innenfor denne ordlyden. Også her er det forutsatt at bestemmelsen kan innebære et krav om å innhente kunnskap.³⁰⁹ Eventuell innhenting skal «stå i et rimelig forhold til sakens karakter og omfang».³¹⁰ I likhet med Grunnloven § 112 er altså kravet relativt.

6.2.2 EU-rettens konsekvensutredningsdirektiv og forholdet til havenergiloven

Når det gjelder de mer spesifiserte krav til konsekvensutredning er tiltaksdirektivet og plandirektivet av sentral betydning. Tiltaksdirektivet sikrer krav om myndighetstillatelse og konsekvensutredning for tiltak som kan ha betydelige miljøkonsekvenser.³¹¹ Første versjon av direktivet ble vedtatt i 1985.³¹² Plandirektivet har samme formål som tiltaksdirektivet, men utvider utredningskravet til å gjelde også planer og programmer.³¹³ For den strategiske konsekvensutredningen av havvind er det sistnevnte direktiv relevant. I norsk rett er direktivene i all hovedsak gjennomført ved konsekvensutredningsforskriften, vedtatt i medhold av plan- og bygningsloven. Ved vedtakelsen av havenergiloven valgte

³⁰⁸ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 378–379.

³⁰⁹ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 379. Se også Backer (2019) s. 267.

³¹⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 379.

³¹¹ Se tiltaksdirektivet artikkel 2(1).

³¹² Dir 1985/337 EEC. For mer om historien se Sands (2003) s. 807 flg., Sands (2018) s. 662 og Schütz (2007) s. 92 flg.

³¹³ Schütz (2007) s. 100.

imidlertid myndighetene ikke å knytte beslutninger etter havenergiloven opp mot reglene i konsekvensutredningsforskriften. Om dette står det i forarbeidene at:

«Hovudgrunningvinga for å utforme eigne føresegner om konsekvensutgreiingar er behovet for å sjå utgreiingane på dei ulike planleggings- og søknadsstadia i samanheng.»³¹⁴

Departementet ønsket altså at reguleringen skulle tilpasses det systemet som havenergiloven legger opp til. Uttalelsen må imidlertid forstås slik at reguleringen skal oppfylle kravene i EU-direktivene, så langt disse gjelder.

6.3 Den EØS-rettslige plikten til å utrede strategiske beslutninger om havvind

I den videre drøftelsene vil jeg se nærmere på hvilke nærmere krav plan-direktivet stiller til denne konsekvensutredningen. Dette fordrer imidlertid en vurdering av i hvilken utstrekning EØS-avtalen og direktivet pålegger norske myndigheter å utrede beslutningen om åpning av områder for havvind. I forarbeidene til havenergiloven gis det uttrykk for at plandirektivet med sine bestemmelser om konsekvensutredninger kommer til anvendelse. Det uttales her at:

«Føresegnene i lovframlegget om konsekvensutgreiingar skal, innanfor verkeområdet av EØS-avtala, ta vare på Noregs plikter etter rådsdirektiv 2001/42/EØF om vurderingar av verknader av bestemte planar og program og rådsdirektiv 85/337/EØF jf. 97/11/EF om vurderingar av miljøverknader av visse offentlege og private prosjekt»³¹⁵

Departementet har fulgt opp disse forarbeidsuttalelsene i havenergiloven § 2-2 (2), ved å vedta en plikt til konsekvensutredning i forkant av åpning av områder, men det er likevel nødvendig å vurdere hvilke nærmere krav

³¹⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 69.

³¹⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 69.

EU-retten stiller. Med utgangspunkt i forarbeidsuttalelsens henvisning til Norges forpliktelser «innanfor verkeområdet av EØS-avtala», skal jeg først vurdere om EØS-avtalens geografiske virkeområde begrenser konsekvensutredningsplikten etter direktivet. Deretter vil jeg gå nærmere inn i direktivet og se på i hvilken grad direktivet oppstiller en plikt til konsekvensutredning av beslutning om åpning av områder for havvind.

6.3.1 EØS-avtalens geografiske virkeområde

EØS-avtalen «skal anvendes på (...) Kongeriket Norges territorium», jf. EØS-avtalen artikkel 126. I den engelske versjonen lyder ordlyden «The Agreement shall apply (...) to the territories of Iceland, the Principality of Liechtenstein and the Kingdom of Norway». Ordlyden reiser spørsmål om avtalen får anvendelse på handlinger i havområdene hvor staten ikke har full suverenitet.

Spørsmålet beror i første omgang på en tolkning av ordet «territorium» eller «territories». Det er naturlig å forstå ordlyden som å referere til et område eller areal, men det er ikke nødvendigvis klart fra ordlyden, isolert sett, om den også får anvendelse utover i sjøen. I den forbindelse er det naturlig å se hen til folkeretten. Som nevnt i kapittel 2.2 av denne oppgaven rekker statens sjøterritorium 12 nautiske mil utenfor grunnlinjen, jf. havrettskonvensjonen artikkel 2 og 3. Etter bestemmelsen gjelder kyststatens suverenitet i hele dette området. Dette tilsier at når EØS-avtalen viser til territoriet, må det i hvert fall omfatte dette området. Det virker også å være enighet om dette.³¹⁶ Spørsmålet er imidlertid om det også kan omfatte områder hvor staten har begrenset jurisdiksjon, slik som kontinentalsokkelen og den økonomiske sonen. For havvind har dette betydning der hvor kontinentalsokkelen går lengre ut enn territorialgrensen. Det kan også ha betydning dersom Kongen i statsråd i fremtiden fastsetter at havenergilooven også skal gjelde i den økonomiske sonen, jf. havenergilooven § 1-2 (4). På kontinentalsokkelen har staten en rekke suverene rettigheter, men etter havrettskonvensjonen er ikke dette

³¹⁶ Korrsepondanse med ESA, inntatt i Ot.prp. nr.99 (2005–2006) s. 21.

en del av statens sjøterritorium. Isolert sett taler dette for at EØS-avtalen ikke gjelder på kontinentalsokkelen.

Det er videre av betydning hvordan EU-retten regulerer virkeområdet i sine traktater. Den någjeldende Traktaten om den Europeiske Union (TEU) artikkel 52, som erstatter Romatraktaten artikkel 227 (1), har en tilsvarende opplisting av medlemslandene, men benytter ikke ordet territorium. EU-domstolens avgjørelser viser her at traktaten også gjelder utenfor territorialfarvannet. Sak C-6/04 gjaldt Storbritannias gjennomføring av habitatsdirektivet. Kommisjonen hevdet blant annet at Storbritannia ikke hadde gjennomført direktivet utenfor territorialfarvannet.³¹⁷ Storbritannia nektet ikke for at direktivet fikk anvendelse også her, men viste til at dette var regulert.³¹⁸ EU-domstolen bekreftet at direktivet gjaldt utenfor territorialfarvannet i den grad Storbritannia utøvde suverene rettigheter her, og mente dessuten at reguleringene Storbritannia viste til ikke var vedtatt tidnok.³¹⁹ Også i avgjørelsene C-347/10 og C-266/13 kommer EU-domstolene med uttalelser som tilsier at EU-retten gjelder i den utstrekning statens suverene rettigheter gjelder.³²⁰

At denne rettstilstanden også gjaldt før inngåelsen av EØS-avtalen, kan illustreres med avgjørelsen C-61/77 som gjaldt irsk regulering om vern av fiskebestander. Kommisjonen hevdet blant annet at den irske reguleringen diskriminerte fartøy fra andre EU-stater.³²¹ Irland innvendte blant annet at den EU-regelverket kun gjaldt i irske farvann slik de så ut på tidspunktet reguleringen trådte i kraft.³²² Irland hadde i etterkant av dette utvidet sin fiskerisone. EU-domstolen viste til at reguleringens geografiske virkeområde måtte være det samme som det geografiske virkeområdet til EU-traktaten, slik at reguleringen gjaldt de områder som var «under their sovereignty or within their jurisdiction» til enhver tid.³²³ Territorialfarvannet som en grense for det geografiske området

³¹⁷ C-6/04 premiss 115.

³¹⁸ C-6/04 premiss 116.

³¹⁹ C-6/04 premiss 117-119.

³²⁰ Se særlig C-347/10 premiss 32-36 og C-266/13 premiss 40-41.

³²¹ C-61/77 punkt IV A.

³²² C-61/77 premiss 39.

³²³ C-61/77 premiss 46-48.

ble ikke problematisert. Avgjørelsen må derfor tas til inntekt for at det ikke finnes et slikt skille i EU-retten.

At EU-retten er slik å forstå kan på den ene siden tale for at EØS-retten må få tilsvarende anvendelse. Homogenitetsprinsippet tilsier at EØS-avtalens geografiske virkeområde ikke bør være annerledes enn EU-reglens geografiske virkeområde. Homogenitetsprinsippet viser nettopp til at EØS-avtalen må tolkes i samsvar med de tilsvarende EU-rettslige reglene.³²⁴ Forskjell i EU-reglens virkeområde vil skape usikkerhet og inkonsekvens innad i det europeiske markedet som kan få betydning for en rekke av kjerneområdene EU forsøker å regulere. Dette taler for at de geografiske virkeområdene må være like. På den andre siden kan en si at når partene først har valgt en annen ordlyd tilsier dette at de ønsket en annen regulering enn den som følger av EU-traktaten.

Etterfølgende statspraksis kan bidra til å belyse hva partene selv har ment med bestemmelsen.³²⁵ Dette gjelder for eksempel hvilke direktiv EFTA-landene oppfatter som EØS-relevante. Havstrategidirektivet³²⁶, som gjelder grunnlinjene og utover, er et eksempel på et direktiv som EU har markert som relevant for EØS, men som EFTA-landene ikke har villet gjennomføre.³²⁷ Den norske regjeringen har uttalt at dette skyldes «at direktivet i hovedsak går utenfor EØS-avtalens geografiske virkeområde» og viser til at Norge uansett har lignende regulering gjennom forvaltningsplanene for hav.³²⁸ Dette kan tyde på at partene forstår avtalen slik at den ikke gjelder utenfor territorialfarvannet.

Spørsmålet om EØS-avtalens geografiske område har ikke blitt vurdert av EFTA-domstolen, men har blitt vurdert av ESA som følge av lagmannsretten dom i LA-2001-1152. Saken gjaldt en tråler med utenlandsk mannskap som ikke oppfylte krav til norsk statsborgerskap eller lignende status i fiskeriforbudsloven § 3. Lagmannsretten dømte i tråd med den folkerettslige forståelsen av territorium, noe som førte til

³²⁴ Sejersted (2014) s.223.

³²⁵ Wien-konvensjonen artikkel 31.

³²⁶ Dir 2008/56/EC.

³²⁷ EFTA (u.å.). Se også tilsvarende for direktiv 2013/30/EU hos Arnesen (2018) s. 950.

³²⁸ Meld. St. 5 (2012–2013) s. 41.

at rederiet varslet ESA om mulig brudd på EØS-avtalen. Dette resulterte i en korrespondanse mellom Norge og ESA, hvor ESA først sendte et åpningsbrev og senere en grunnlagt uttalelse til Norge hvor de skriver at EØS-avtalen må forstås «in a functial manner» på samme måte som EU-traktaten.³²⁹ I sitt svar til ESA fastholdt Norge sin forståelse av artikkel 126, men valgte uansett å endre loven som følge av korrespondansen. Norske myndigheter bekreftet igjen sin forståelse av EØS-avtalens virkeområde i Meld. St. 5 (2012–2013) om EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU.³³⁰

Arnesen stilte spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde i tilknytning til petroleumsvirksomhet tilbake i 1994.³³¹ I artikkelen uttrykkes usikkerhet rundt hvorvidt kontinentalsokkelen omfattes. I 2018 argumenterer Arnesen for at virkeområdet må følge den folkerettslige definisjonen av territoriet, særlig begrunnet i forskjellen i ordbruk i de to traktatene. Fredriksen nøyer seg med å konkluderer med at spørsmålet er uavklart. Trosdahl konkluderte, i sin vurdering av spørsmålet i 2019, med at EØS-avtalen også gjelder i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen.³³² Det virker altså ikke å være en klar oppfatning av spørsmålet i juridisk teori.

Uttalelsene fra norske myndigheter og ESA må forstås slik at det er en grunnleggende uenighet mellom de to partene hva gjelder EØS-avtalens virkeområde. Det foreligger ingen autorativ avgjørelse som avklarer dette. Spørsmålet må derfor anses som uavklart enn så lenge. Forskjellen i ordlyd taler imidlertid for at avtalen ikke kan gjøres gjeldende utenfor territorialfarvannet. Uavhengig av om EØS-avtalens virkeområde omfatter kontinentalsokkelen, vil Norges EØS-rettslige forpliktelser uansett gjøre seg gjeldende i territorialfarvannet. Foreløpig er det her de fleste av områdene hvor man vurderer havvind ligger. Det er heller ikke noe

³²⁹ Korresepandanse med ESA, inntatt i Ot.prp. nr. 99 (2005–2006) s. 19. Frostating lagmannsrett rettet seg etter denne uttalelsen i LF-2006-24118.

³³⁰ Meld. St. 5 (2012–2013) s. 41.

³³¹ Arnesen (1994).

³³² Trosdahl (2019) s. 112.

i veien for at norske myndigheter kan velge å gi EØS-regler anvendelse utenfor territoriet.

6.3.2 Krav til strategisk konsekvensutredning etter plandirektivet

Odelstingsproposisjonen til havenergiloven forutsetter at loven skal ivareta Norges forpliktelser etter plandirektivet.³³³ I dette ligger det implisitt en erkjennelse av at direktivet får anvendelse på åpningsbeslutningen. Jeg vil likevel undersøke i hvilken grad åpningsbeslutningen omfattes av plandirektivet og hvilke plikter det pålegger staten. Gjennom drøftelsen ønsker jeg dels å gi et bedre bilde av statens plikter etter direktivet, og dels å legge grunnlaget for de videre drøftelsene om krav til konsekvensutredningens innhold. Jeg vil først si noe generelt om direktivet og tolkningen av det, før jeg går over på spørsmålet om åpningsbeslutningen omfattes av direktivet.

Plandirektivet ble vedtatt etter modell av tiltaksdirektivet.³³⁴ Direktivet krever konsekvensutredning for planer, men inneholder ingen planleggingsplikt.³³⁵ Dersom nasjonal lovgivning ikke oppstiller en plikt til å utarbeide en plan for ressursutnyttelsen, vil det heller ikke foreligge en plikt til å konsekvensutrede. Samtidig har EU, gjennom en rekke andre direktiv og forordninger, innført planer på ulike områder som vil kunne være omfattet av kravet om strategisk konsekvensutredning.³³⁶ På denne måten utvider EU anvendelsesområdet til direktivet, uten å endre selve direktivet. Slike planleggingskrav gjelder imidlertid ikke for norsk havvind per i dag. At plandirektivet ikke pålegger noen planleggingsplikt, innebærer da at norske myndigheter fritt kan gjøre unntak fra kravet om åpning av områder for havvind, se nærmere om slike unntak i kapittel 9.³³⁷

³³³ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 69.

³³⁴ McCracken QC (2017) s. 3.

³³⁵ Se Schütz (2014) s. 116. Dette i motsetning til tiltaksdirektivet som krever at tiltakene også må omfattes av en tillatelsesordning, se tiltaksdirektivet artikkel 2 (1).

³³⁶ Forholdet mellom plandirektivet og andre direktivet er blant annet utpenslet i European Commission (2003) s. 47 flg.

³³⁷ Dette fordi kravet om åpning av områder ikke følger av EU-retten, bare nasjonal rett.

Formålet med direktivet er å sikre «a high level of protection of the environment» ved å kreve at en strategiske konsekvensutredninger gjennomføres for «plans and programmes» som har «significant effects on the environment», mens planene forberedes og før de vedtas.³³⁸ Ordlyden «a high level of protection of the environment» er også å finne i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TFEU) artikkel 191 om miljøregulering. Denne bestemmelsen er tolket slik at den, selv om den krever et høyt nivå av beskyttelse, ikke nødvendigvis krever «the highest that is technically possible».³³⁹ Dette må være veiledende også for plandirektivet. EU-domstolen har gjentatte ganger uttalt at plandirektivets formål tilsier at direktivets bestemmelser må tolkes vidt.³⁴⁰ Dette gjelder særlig bestemmelsene som definerer rekkevidden av direktivet. Hvor direktivet kommer til anvendelse angir det minimumsregler som må følges ved gjennomføringen av konsekvensutredning.³⁴¹ Ettersom plandirektivet er av nyere dato, finnes det foreløpig ikke like mye praksis om det som tiltaksdirektivet. EU-kommisjonen har imidlertid kommet med en veiledning til plandirektivet.³⁴² Slike veiledere omtales som «soft law» og er ikke rettslig bindende, men kan likevel ha en viss rettslig betydning.³⁴³

Direktivet gjelder nærmere spesifiserte planer og programmer. Når det kreves konsekvensutredning etter plandirektivet er nærmere regulert i plandirektivets artikkel 2 (1) og artikkel 3. Plandirektivets artikkel 2 (1) definerer «plans and programmes» og gir uttrykk for de prosessuelle kravene planen må oppfylle. Direktivets artikkel 3 snevrer inn gruppen av planer som omfattes, ved at den bare krever konsekvensutredning for planer som gjelder visse sektorer og aktiviteter.³⁴⁴ Nedenfor vil jeg

³³⁸ Plandirektivet artikkel 1, C-105/09 og C-110/09.

³³⁹ C-284/95 premiss 49.

³⁴⁰ Se eksempelvis C-671/16 premiss 34 og C-290/15 premiss 40.

³⁴¹ C-41/11 premiss 41.

³⁴² European Commission (2003).

³⁴³ C-322/88 premiss 18. Avgjørelsen gjaldt anbefalinger, men tilsvarende må også gjelde veiledere, se Stefan (2012) s. 879

³⁴⁴ Schütz (2007) s. 235.

vurdere begge bestemmelsene og hvordan de appliseres på beslutningen om åpning av områder for havvind.

6.3.2.1 *Plandirektivet artikkel 2 (a): Definisjonen av planer og programmer*

Spørsmålet i det følgende er om åpningsbeslutningen omfattes av ordlyden «plans and programmes» i plandirektivets artikkel 2 (1). Bestemmelsen lyder:

- «plans and programmes' shall mean plans and programmes, including those co-financed by the European Community, as well as any modifications to them:
- which are subject to preparation and/or adoption by an authority at national, regional or local level or which are prepared by an authority for adoption, through a legislative procedure by Parliament or Government, and
 - which are required by legislative, regulatory or administrative provisions»

Bestemmelsen bygger på en sirkelargumentasjon, da den ikke gir nærmere veiledning til hva som anses som «plans and programmes», men oppstiller i stedet to nye tilleggsvilkår. Jeg vil derfor først se nærmere på de to tilleggsvilkårene, før jeg vurderer om ordlyden «plans and programmes» oppstiller ytterligere begrensninger.

Planen eller programmet må være «subject to preparation and/or adoption by an authority at national, regional or local level», alternativt «prepared by an authority for adoption, through a legislative procedure by Parliament or Government». Dette vilkåret innebærer at planen må være tilknyttet en offentlig prosess. Private planer som ikke krever offentlig godkjenning vil derfor falle utenfor.³⁴⁵ Havvindplanene fremmes av Olje- og energidepartementet til Kongen i Statsråd.³⁴⁶ Det er neppe tvilsomt at åpning av områder for konsesjon etter havenergilooven oppfyller disse kravene.

³⁴⁵ European Commission (2003) s. 8.

³⁴⁶ Se eksempelvis Kgl.res. av 12. juni 2020 (b).

Videre må planen eller programmet være «required by legislative, regulatory or administrative provisions». Kravet om åpning av områder for havvind er nærmere hjemlet i havenergiloven § 2-2. Jeg går derfor ikke nærmere inn på forståelsen av «administrative provision» som den nedre grensen for vilkåret.³⁴⁷ Et sentralt spørsmål er derimot hvilke begrensninger som ligger i ordlyden «required». EU-domstolen kommenterte dette i sak C- 567/10. I saken ble det anført at direktivet kun gjaldt planer som var påkrevd etter nasjonal rett og ikke de som var «optional».³⁴⁸ EU-domstolen viste til formålet bak direktivet. Den anførte forståelsen av direktivet ville innskrenke betydningen av direktivet vesentlig. EU-domstolen kom derfor til at det avgjørende var om planen var «regulated by national legislative or regulatory provisions, which determine the competent authorities for adopting them and the procedure for preparing them».³⁴⁹ Altså var det tilstrekkelig at planene er regulert i lov eller andre reguleringer som omfattes av bestemmelsen. Planen må ikke være påkrevd. EU domstolen har gjentatt denne forståelsen i senere avgjørelser.³⁵⁰ For havvindplanene må dette bety at planen omfattes av direktivet, til tross for at det ligger til forvaltningens kan-skjønn om planprosedyren skal iverksettes. Direktivet gjelder også for åpning av områder som kunne vært behandlet etter havenergilovens unntaksbestemmelser, så lenge forvaltningen velger å gjennomføre en plan.³⁵¹

Spørsmålet er så om ordlyden «plans and programmes» i seg selv oppstiller ytterligere begrensninger. Det er naturlig å forstå ordlyden slik at den sikter til dokumenter som sier noe om fremtidig arealbruk eller virksomhet, men EU-domstolen har i stor grad valgt å knytte ytterligere begrensninger til vilkårene i plandirektivets artikkel 3. Jeg vil derfor drøfte dette nærmere nedenfor. Et spørsmål er imidlertid i hvilken grad også endringer av planer omfattes av direktivet. Det følger allerede

³⁴⁷ Se nærmere om dette i European Commission (2003) s. 9 og Schütz (2007) s. 247–253 om anvendelsen på norske planer.

³⁴⁸ C-567/10 premiss 12-19.

³⁴⁹ C-567/10 premiss 31.

³⁵⁰ C-671/16 premiss 37 og C-24/19 premiss 35-51.

³⁵¹ Skjønnsmessig unntak følger av havenergiloven § 2-2 (4) og 1-2 (6). Se nærmere om dette i kapittel 9.

av ordlyden i artikkel 2 (1) at endringer av planer krever konsekvensutredninger. Likevel slik at «minor modifications» kan unntas kravet om konsekvensutredning, dersom det ikke er sannsynlig at de vil ha betydelige miljøeffekter, se plandirektivets artikkel 3 (3). EU-domstolen har også gitt uttrykk for at hel eller delvis opphevelse av en plan vil kunne oppfattes som en endring av planen som må konsekvensutredes.³⁵² Dette gjelder likevel ikke når direktivets formål er tilstrekkelig ivaretatt gjennom tidligere vurdering av miljøtilstanden på det tidspunktet planen ble vedtatt eller gjennom konsekvensutredning av andre planer i et planhierarki. For havvind vil dette innebære at alle nye områder som vurderes vil måtte konsekvensutredes, samt ikke-ubetydelige utvidelser av eksisterende områder. Derimot vil neppe opphevelse av åpningsbeslutningen kreve konsekvensutredning, ettersom dette vil dekkes av vurderingen av nåtilstanden i tidligere utredning.

Hvor en plan er en del av et større planhierarki, er det et spørsmål om kravet til konsekvensutredning gjelder for alle stadiene. Spørsmålet er ikke direkte adressert i plandirektivet, men direktivets artikkel 4 (3) slår fast at der hvor det foreligger et planhierarki skal medlemsstaten forsøke å unngå duplisering av vurderinger, og artikkel 5 (2) sier at det ved utformingen av utredningen kan tas hensyn til at enkelte vurderinger gjør seg bedre på et annet ledd i prosessen. Disse bestemmelsen gir implisitt uttrykk for at samtlige planer omfattes av kravet til konsekvensutredning.³⁵³ Dette vil kunne ha betydning for havvind dersom det åpnes for større kommunal styringsrett gjennom plan- og bygningsloven. Et annet spørsmål er hvilken betydning et planhierarki har for innholdskravene til den enkelte konsekvensutredningen. Dette vurderes nærmere i kapittel 6.5.2.

Åpning av områder for konsesjon etter havenergiloven § 2-2 må på bakgrunn av det overnevnte regnes som «plans and programmes» etter direktivet, dette omfatter også endringer og oppheving av planene.

³⁵² C- 567/10 premiss 40-42.

³⁵³ Dette er også indikert i COM(2000) 636 final s. 5.

6.3.2.2 Plandirektivet artikkel 3(2): Planer som krever konsekvensutredning

Etter plandirektivets artikkel 3 kreves det konsekvensutredning for de planene som er omfattet av bestemmelsens 2.-4. ledd og som er «likely to have significant environmental effects». Bestemmelsens 2. ledd gir nærmere regler om hvilke typer planer som omfattes. Bestemmelsens 3. og 4. ledd er modifikasjoner til disse reglene. I det følgende vil jeg konsentrere meg om 2. ledd bokstav a, som er mest relevant for havvind. Det følger av fortalen pkt. 10 at planer som omfattes av artikkel 3 (2) alltid skal antas å være «likely to have significant environmental effects».³⁵⁴ Dette vilkåret vil derfor ikke drøftes nærmere.

Spørsmålet er derfor om havvind omfattes av plandirektivet artikkel 3(2). Etter bestemmelsen bokstav a kreves det utredning for planer;

«(a) which are prepared for agriculture, forestry, fisheries, energy, industry, transport, waste management, water management, telecommunications, tourism, town and country planning or land use and which set the framework for future development consent of projects listed in Annexes I and II to Directive 85/337/EEC.»

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår. Planen må for det første gjelde en av aktivitetene opplistet i bestemmelsen. Havvind vil falle inn under kategorien «energy». For det andre må planen «set the framework for future development consent» for tiltak opplistet i Directive 85/337/EEC vedlegg 1 eller 2. Direktivet det vises til er en tidligere versjon av tiltaksdirektivet, men må forstås slik at den gjelder den seneste versjonen av direktivet.³⁵⁵ Vindparker er omfattet av direktivets vedlegg 1 pkt. 3 (i). Listen omfatter altså havvind.

Det er ikke tilstrekkelig at planen gjelder en aktivitet omfattet av tiltaksdirektivet. Den må også «set the framework for future development consent».³⁵⁶ Ordlyden tilsier at planen må gi noen retningslinjer av betyd-

³⁵⁴ Kommissjonen har også gitt uttrykk for dette, se European Commission (2003) s. 10.

³⁵⁵ Dette virker klart fra nyere rettspraksis se C-671/16 s. 3.

³⁵⁶ Fogleman (2017) s. 51.

ning for den endelige tillatelsen. EU-domstolen har i flere saker uttalt at ordlyden omfatter

«any measure which establishes, by defining rules and procedures for scrutiny applicable to the sector concerned, a significant body of criteria and detailed rules for the grant and implementation of one or more projects».³⁵⁷

Denne uttalelsen passer ikke helt på åpningsbeslutningen for havvind. Beslutningen angir områder hvor havvind kan bygges, men gir ikke nødvendigvis detaljerte regler for oppføring av vindmøller innenfor området. EU-domstolen har imidlertid forklart i senere avgjørelser at kravet må vurderes kvalitativt, og ikke kvantitativt.³⁵⁸ I uttalelser fra Generaladvokaten, som EU-domstolen viser til, presiseres det at vurderingen må ta utgangspunkt i formålet med plandirektivet, som tilsier at alle planer som kan få betydelige effekter på miljøet bør konsekvensutredes.³⁵⁹ Ved en slik forståelse er det mer naturlig å omfatte åpningsbeslutningen for havvind. Selv om beslutningen ikke består av en lang rekke regler, definerer den områder for bygging av havvind hvor dette ellers ikke ville vært tillat. Kommisjonen nevner også i sin veileder at planen kan gi føringer på hvilken type aktivitet som kan gjennomføres i et område eller vilkår som må oppfylles av søkeren, omfattes av direktivet.³⁶⁰ Videre viser kommisjonen til at ordlyden må inkludere «sectoral plans and programmes which in broad terms identify the location of subsequent development within that sector.» Dette er beskrivende for virkningene av åpning for konsesjon. At åpning av området er avgjørende for adgangen til å få prosjekttillatelse, tilsier at dette må omfattes av ordlyden. Sett hen til formålet med direktivet og virkningene av åpning av konsesjon for havvind, må vilkåret derfor anses å være oppfylt.

³⁵⁷ C-290/15 premiss 49 og C-671/16 premiss 53. Lignende uttalelser finnes også i C-567/10 s. 30.

³⁵⁸ C-671/16 premiss 55.

³⁵⁹ C-671/16 Opinion of Advocate General Kokott premiss 25-27.

³⁶⁰ European Commission (2003) s. 10–11.

Drøftelsen over viser at åpning av områder for havvind må anses omfattet av plandirektivet. Den viser også at dette først og fremst skyldes at norske myndigheter har stilt krav om planlegging. Kravet strekker seg også til å gjelde endringer av planen. Dette er av betydning for den videre drøftelsen, hvor jeg vil se på krav til utredningsprogram og innholds krav til konsekvensutredningen etter havenergiloven og plandirektivet.

6.4 Utarbeiding av utredningsprogram i forkant av konsekvensutredning

Etter havenergiloven § 4-1 (1) skal det i forkant av arbeidet med konsekvensutredning utarbeides, og sendes på høring, en melding med forslag til utredningsprogram. Generelt er utredningsprogrammet ment å sikre et relevant grunnlag for avgjørelsen, gjennom å få frem de aktuelle hindrene tidlig i prosessen og spisse konsekvensutredningen mot disse.³⁶¹ I tillegg vil prosessen tilknyttet konsekvensutredningen bidra til å dempe konflikter og samordne de ulike interessene, gjennom å synliggjøre motstridende interesser i en tidlig fase.³⁶² Utredningsprogrammet og høringen er derfor viktig for å sikre sameksistens mellom de ulike næringene, samt å få rede på særlige miljøhensyn som gjør seg gjeldende.

Det er et spørsmål om havenergiloven § 4-1 (1) utelukkende gjelder prosjektspesifikke konsekvensutredninger eller om det også gjelder den strategiske konsekvensutredningen. Ordlyden spesifiserer ikke dette og bruker bare uttrykket «konsekvensutreiingar». Bestemmelsen står i lovens kapittel 4 som gjelder saksbehandling ved konsekvensutredninger. Ettersom havenergiloven § 4-1 (2) og (3) nevner både åpning av areal og konsesjon må kapitlet og bestemmelsen antas å gjelde begge typene. Når havenergiloven § 4-1 (1) ikke nevner prosjektspesifikke konsekvensutredninger spesielt, taler dette sterkt i retning for at kravet også må gjelde strategiske konsekvensutredninger. I motsatt retning taler kanskje bruken av ordet «melding» i bestemmelsen. Dette tyder på at en ekstern aktør skal sende melding til myndighetene. Hensynet til tidlig

³⁶¹ Winge (2013) s. 138.

³⁶² Winge (2013) s. 138.

medvirkning tilsier imidlertid at et slikt utredningsprogram også må utarbeides for den strategiske konsekvensutredningen. Gitt ordlyden, bestemmelsens plassering og formålsbetraktninger må bestemmelsen forstås som et krav om utarbeidelse og høring av utredningsprogram også for strategisk konsekvensutredning.³⁶³

Et annet spørsmål er hvilke krav som stilles til utredningsprogrammets innhold. Havenergiloven oppstiller ingen nærmere krav. I den nye havenergilovforskriften er det gitt nærmere retningslinjer om innholdet i prosjektspesifikt utredningsprogram, men disse er knyttet til konsesjonsstadiet og gir derfor mindre veiledning. Krav til utredningsprogram er gjort gjeldende for andre konsekvensutredninger i norsk rett gjennom konsekvensutredningsforskriften kapittel 4 jf. kapittel 2. Etter konsekvensutredningsforskriften § 14 skal utredningsprogrammet inneholde en beskrivelse av planen, området og aktuelle miljø- og samfunnsproblemstillinger, samt hvilke forhold som skal utredes og hvilke metoder som skal benyttes. I tillegg skal utredningsprogrammet oppgi «relevante og realistiske alternativer» og hvordan disse skal behandles i utredningen. Oppstillingen av forhold som skal utredes må ta utgangspunkt i de innholdskrav som stilles til konsekvensutredningen.³⁶⁴ Til slutt skal det gis en oversikt over den videre planprosessen.³⁶⁵ Disse kravene kan ikke gjøres gjeldende direkte for havvindplaner, men gir veiledning for hva programmet burde inneholde.

Et siste spørsmål er om utredningsprogrammet oppstiller selvstendige krav til innholdet i konsekvensutredningen. Utredningsprogrammet kan nemlig sies å være knyttet til innholdskravene på to måter. Loven og direktivets innholdskrav til konsekvensutredningen er som vist over retningsgivende for utformingen av utredningsprogrammet. Samtidig skal konsekvensutredningen være i tråd med utredningsprogrammet.³⁶⁶ Om dette ikke var tilfellet ville utredningsprogrammet mistet sin funk-

³⁶³ Et slikt utredningsprogram ble også utarbeidet i forbindelse med arealavgrensningen, se NVE (2010) s. 178 flg.

³⁶⁴ Konsekvensutredningsforskriften § 14 (1) b).

³⁶⁵ Se konsekvensutredningsforskriften § 14. Utredningsprogrammet skal også inneholde et kart.

³⁶⁶ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 83.

sjon. For den prosjektspesifikke konsekvensutredningen kommer dette klart til uttrykk i havenergilovforskriften § 6 (1). Utredningsprogrammet vil derfor også kunne være et selvstendig grunnlag for innholdskrav til konsekvensutredningen, hvor utredningsprogrammet enten går utover eller presiserer de innholdskrav som følger av direktivet eller loven.

I forbindelse med første åpningsrunde av havvind ble det utarbeidet et forslag til utredningsprogram i forbindelse med arealavgrensningen.³⁶⁷ I utkastet ble det tatt stilling til teknologiske og geografiske avgrensninger. Utkastet redegjorde også nærmere for temaet og omfanget av utredningen, herunder hvilke berørte interesser som skulle vurderes. Forslaget til utredningsprogram ble sendt på høring sammen med arealavgrensningen i tråd med havenergiloven § 4-1.

6.5 Innholdsmessige krav til konsekvensutredningen

De innholdsmessige kravene til konsekvensutredningen er spredt over ulike regelsett. I det følgende vil jeg se på innholdskravene som stilles i havenergiloven og plandirektivet. Jeg vil blant annet se på krav til utredning av alternativer, som er avgjørende for å kunne vurdere hvilket område som alle hensyn tatt i betraktning er det beste.

Etter havenergiloven § 2-2 (2) skal konsekvensutredningen «inkludere vurderingar av miljømessige og samfunnsmessige konsekvensar av fornybar energiproduksjon, så som konsekvensar for andre næringsinteresser». Ordlyden «miljømessige og samfunnsmessige konsekvenser» må forstås vidt og vil blant annet romme hensyn til biologisk mangfold, klima, støy, fiskeri, petroleumsvirksomhet, akvakultur og reiselivsinteresser. Ved vedtakelsen av havenergilovforskriften våren 2020, ble det gitt grundigere bestemmelser om innholdet i den prosjektspesifikke konsekvensutredningen.³⁶⁸ Tilsvarende bestemmelse ble ikke gitt for den strategiske konsekvensutredningen. De to utredningene skal fylle noe ulike roller, og kravene til de ulike utredningene er derfor ikke nødvendigvis sammenfallende. Opplistingen av ulike miljø- og samfunnshensyn i hav-

³⁶⁷ Se NVE (2010) s. 178 flg.

³⁶⁸ Se havenergilovforskriften § 6 og denne oppgavens kapittel 3.5.

energilovforskriften § 6 kan likevel gi noe veiledning til hvilke forhold som normalt vil måtte vurderes. Her nevnes blant annet bunnforhold og vannmiljø, naturmangfold, fiskerinæring, forsvarsinteresser, skipstrafikk, økosystempåvirkning, forurensning og klima. Dette er nok forhold som også vil falle innenfor ordlyden i havenergilovent § 2-2 og som normalt burde vurderes i forbindelse med den strategiske konsekvensutredningen.

Om omfanget av konsekvensutredningen følger det av odelingsproposisjonen til havenergilovent at den strategiske konsekvensutredningen bør «avklare dei vesentlegaste arealinteressene før opninga».³⁶⁹ Altså bør det være klart fra den strategiske konsekvensutredningen hvilke aktører som opererer i området og hvilke særlige miljøforhold som foreligger. Videre følger det av proposisjonen at «[k]onsekvensutgreiningane må tilpassast rammene som blir lagt for kvart stadium i den tredelte prosessen. Informasjonsgrunnlaget må tilpassast dei vedtaka som skal fattast på dei ulike stadia».³⁷⁰ Ved vurderingen av hva konsekvensutredningen skal inneholde må det derfor tas hensyn til det som allerede er vurdert i arealavgrensningen.

Nærmere innholdskrav finnes i plandirektivet. Som det også fremkommer av formålet til direktivet, se artikkel 1, konsentrerer konsekvensutredningen seg om miljøkonsekvenser. Konsekvenser for samfunnet og næringsinteresser er ikke nevnt. Direktivet har dermed et snevrere formål enn de norske konsekvensutredningsreglene. Det finnes ikke nærmere fremstillinger av hvordan samfunnskonsekvenser skal behandles. Dette må sies å være en svakhet ved regelverket slik det er utformet i dag. Plandirektivets innholdskrav følger av direktivets artikkel 5 (1), med modifikasjoner i artikkel 5 (2) og (3). Innholdet i disse bestemmelsene er i begrenset grad gjennomført i den norske havenergireguleringen, men bestemmelsene kan likevel forstås som en instruks som forvaltningen er bundet av.³⁷¹ Spørsmålet er derfor hvilke krav disse bestemmelsene stiller til konsekvensutredningen av åpningsbeslutningen. EU-domstolen har foreløpig ikke behandlet innholdskravene i plandirektivet. Rettskilde-

³⁶⁹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 64.

³⁷⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 69–70.

³⁷¹ Se Arnesen (2015) s. 127 og Eckhoff (2018) s. 161.

grunnlaget er derfor noe begrenset. Høyesterett behandlet spørsmålet i HR-2020-2472-P Klimasøksmålet. Det er derfor særlig aktuelt å se på hvorvidt Høyesteretts forståelse av direktivet harmonerer med de øvrige rettskildene.

6.5.1 Plandirektivets artikkel 5 (1): Innholdskrav

De overordnede kravene til konsekvensutredningen fremkommer av direktivets artikkel 5 (1). Av bestemmelsen følger det at:

«Where an environmental assessment is required under Article 3(1), an environmental report shall be prepared in which the likely significant effects on the environment of implementing the plan or programme, and reasonable alternatives taking into account the objectives and the geographical scope of the plan or programme, are identified, described and evaluated. The information to be given for this purpose is referred to in Annex I.»

Rapporten skal altså identifisere, beskrive og evaluere konsekvensene for miljøet ved planen og rimelige alternativer til planen. Kravene er nærmere spesifisert i Vedlegg 1. Hvilke konsekvenser og alternativer som må behandles kan altså ikke vurderes tilfredsstillende ut fra artikkel 5 (1) alene. Spørsmålet er derfor hvilke krav som stilles av artikkel 5 (1) og vedlegget sett i sammenheng.

Vedleggets bokstav a) til e) gjelder bakgrunnsinformasjon som er nødvendig for å vurdere konsekvensene for miljøet. For det første må utredningen inneholde en oversikt over planens innhold og formål, se vedleggets punkt a. Dette er nødvendig informasjon for å kunne vurdere hvilke miljøvirkninger som vil oppstå og omfanget av dem. Deretter skal det redegjøres for nå-tilstanden av miljøet og sannsynlig utvikling uten inngrep, altså hvordan situasjonen vil være dersom planen ikke blir gjennomført, i dag og fremover i tid.³⁷² Dette er gjerne omtalt som baseline-scenarioet.³⁷³ Baseline-scenarioet er viktig ettersom det gir

³⁷² Plandirektivet Vedlegg I bokstav b.

³⁷³ Plandirektivet Vedlegg I bokstav b.

et utgangspunkt for vurderingen av nye planer. For havvind vil dette innebære at det skal utredes hvilken miljøstatus de aktuelle havområdene har per i dag, og hvordan det antas at dette utvikler seg fremover i tid om det ikke gis tillatelse til havvind. Videre skal det redegjøres for miljøkarakteristikker i området, eksisterende miljøproblem og relevante mål for miljøbeskyttelse.³⁷⁴ Relatert til havvindutbygging vil det blant annet være relevant å undersøke hvorvidt det er særlig sårbare økosystemer i området og om det er eksisterende støy- og forurensningsproblemer. Relevante mål for havvind vil blant annet være mål for området som følger av forvaltningsplanene for hav, men også nasjonale og internasjonale mål for reduksjon av klimautslipp og hvordan havvindutbygging kan bidra til dette.³⁷⁵ Kravene i vedtakets bokstav a) til e) har altså særlig til hensikt å legge grunnlaget for den nærmere vurderingen av konsekvensene av tiltak. Uten slik informasjon vil det være svært vanskelig å vurdere hvordan miljøet i det spesifikke området vil reagere på et aktuelt inngrep.

Deretter skal konsekvensvurderingen ta for seg «the likely significant effects on the environment» av planen, jf. artikkel 5 (1) og vedleggets bokstav f). En første problemstilling er hva som omfattes av ordlyden «environment». Sett hen til formålet med direktivet må miljø-begrepet tolkes vidt. Vedlegget opplyster enkelte kategorier av miljøhensyn som faller innunder ordlyden, slik som biologisk mangfold, flora, fauna, vann og klima. Listen omfatter også menneskelig helse, som blant annet må innebære at støyplager for mennesker vil omfattes. Listen er ikke uttømmende.³⁷⁶ Vurderingen av konsekvenser skal ikke begrenses til negative konsekvenser, men skal også omfatte positive konsekvenser for miljøet.³⁷⁷ For havvind vil dette for eksempel bety at også klimafordeler ved utvinning av fornybar energi skal utredes.

Neste problemstilling er hva som menes med «likely significant effects». Ordlyden «likely significant effects» må forstås slik at helt

³⁷⁴ Plandirektivet Vedlegg I bokstav c, d og e.

³⁷⁵ Sistnevnte ble særlig påpekt av mindretallet i HR-2020-2472-P premiss 267. Flertallet kommenterte ikke på dette.

³⁷⁶ European Commission (2003) s. 29.

³⁷⁷ Plandirektivet Vedlegg I fotnote til bokstav f. European Commission (2003) s. 30.

ubetydelige eller usannsynlige effekter ikke må vurderes. Som vist over i kapittel 6.3.2.2 gjelder kravet om konsekvensutredning bare for planer som er «likely to have significant environmental effects». ³⁷⁸ Selv om planen antas å ha betydelige effekter på miljøet, kan den likevel også ha andre effekter på miljøet som er av mindre betydning. Vilkåret i vedlegget må derfor forstås som en innholdsmessig begrensning som avskjærer disse virkningene. Som jeg kommer til nedenfor er det imidlertid ikke nødvendig at et forhold alene kan medføre betydelige konsekvenser. Også kumulative effekter skal vurderes, slik at der hvor en faktor utgjør et ikke-uvesentlig bidrag til et eksisterende problem, vil dette også måtte omfattes av utredningskravet. ³⁷⁹ Ordlyden avgrenser dermed innholdskravet til å gjelde de forholdene som har potensialet til å ha ikke-ubetydelige konsekvenser for miljøet.

Det er ikke tilstrekkelig å vurdere direkte miljøeffekter av tiltaket. Det følger av en fotnote til vedlegget at sekundære effekter, kumulative effekter og synergieffekter også skal vurderes. ³⁸⁰ På denne måten kan det sies at plandirektivet opererer med et utvidet årsakssammenhengsbegrep. At kumulative effekter og synergieffekter skal vurderes, kan forstås snevert i den forstand at faktorene opplistet i plandirektivets vedlegg 1 bokstav f må sees i sammenheng. ³⁸¹ For eksempel vil endringer på havbunnen kunne få konsekvenser for fiskebestanden. Dette kan igjen forsterke de allerede negative konsekvensene for sjøfugl, som i tillegg til fare for å bli truffet av vindturbinene kan oppleve endringer i mattilfanget.

Kumulative effekter og synergieffekter kan også forstås i en videre forstand slik at det må tas hensyn til samlet effekt av ulike tiltak i samme område. Hvor vindmøller plasseres nærmere land kan det være hensiktsmessig å vurdere den samlede belastningen av vindmøller til vanns og på land i området. Lengre ut til sjøs vil det være aktuelt å vurdere samlede konsekvenser av vindparker og annen aktivitet til sjøs, slik som skipsfart,

³⁷⁸ Plandirektivet artikkel 3 nr. 1.

³⁷⁹ En tilsvarende argumentasjon ble brukt av mindretallet i HR-2020-2472-P premiss 265. Flertallet vurderte ikke spørsmålet.

³⁸⁰ Plandirektivet Vedlegg I bokstav f.

³⁸¹ Dette er forutsatt i European Commission (2003) s. 30.

fisking og petroleum. Et slikt krav er klarere uttalt i tiltaksdirektivet, som gir uttrykk for at utredningen må vurdere «the cumulation of effects with other existing and/or approved projects».³⁸² For norsk retts vedkomne er et slikt krav også sammenheng med prinsippet om samlet belastning i naturmangfoldloven § 10.

Konsekvensutredningen skal vurdere midlertidige og permanente konsekvenser på kort, mellom og lang sikt.³⁸³ Dette sier noe om tidshorisonten for vurderingen. Midlertidige konsekvenser vil for eksempel være støy og skader på havbunnen som følge av boring under utbyggingsfasen. Permanente konsekvenser vil blant annet være støy og lysforurensning som følge av refleksjon fra rotorbladene, i tillegg til reduksjon i klimautslipp grunnet tilgang til fornybar energi. De nevnte konsekvensene er også illustrerende for konsekvenser på kort og mellomlang sikt. Det er et spørsmål hvor lang tidshorisont som kan kreves etter bestemmelsen. For havvind vil det imidlertid være naturlig å ta utgangspunkt i vindmøllenes livsløp, slik at også konsekvensene av dekonstruksjon, herunder avfallshåndtering, bør vurderes.

Bestemmelsen sier ikke noe om eventuelle geografiske begrensninger på utredningsplikten. Altså om utredningskravet er begrenset til konsekvenser som oppstår i planområdet eller i umiddelbar nærhet til dette. For å gi en effektiv vurdering av miljøkonsekvensene er det klart at utredningen ikke kan begrenses strengt til områdene som eventuelt skal åpnes for havvind. Mange miljøkonsekvenser har et begrenset geografisk nedslagsfelt, slik som støy og lysforurensning. Da vil nedslagsfeltet følge av vesentlighetskravet jeg vurderte ovenfor. Klimapåvirkninger vil derimot ikke kunne begrenses geografisk på samme måte. I klimadommen vurderte mindretallet hvorvidt plandirektivet stilte krav til utredning av klimakonsekvenser ved forbrenning av norsk petroleum i utlandet.³⁸⁴ Mindretallet kom til at klimapåvirkningenes karakter tilsa at dette måtte

³⁸² Tiltaksdirektivet Vedlegg IV bokstav e.

³⁸³ Plandirektivet Vedlegg I fotnote til bokstav f.

³⁸⁴ HR-2020-2472-P premiss 264-265.

omfattes. Flertallet vurderte ikke spørsmålet.³⁸⁵ Mindretallets vurdering må imidlertid antas å være riktig, sett hen til formålet med direktivet.

Utredningen skal også inneholde informasjon om tiltak som kan redusere potensielle negative miljøeffekter og hvilke tiltak som bør gjøres for å overvåke miljøtilstanden i planområdet.³⁸⁶ I forbindelse med havvind kan tiltak for eksempel være driftsstopp i gyteperioder. At slike tiltak fremkommer av konsekvensutredningen er viktig for statens vurdering av hvorvidt det skal legges føringer for driften i enkelte områder. Overvåkningsmekanismer kan dreie seg om jevnlige vurderinger av fiske- og fuglebestandene i området. Slike mekanismer vil særlig være viktig for å vurdere om konsekvensene blir større eller mindre enn det man har forutsatt. Dette kan gi grunn til å vurdere tilbakekall av tillatelse eller endring av vilkårene for tillatelse. For en så ny næring som havvind vil også slike mekanismer være viktige for å innhente erfaringsgrunnlag for senere avgjørelser.

I tillegg til å redegjøre for konsekvensen av planen skal konsekvensutredningen også identifisere, beskrive og evaluere «reasonable alternatives», jf. plandirektivet artikkel 5(1) og vedleggets bokstav h. Bestemmelsen er særlig aktuell ved åpning av områder til konsesjon, da det er et spørsmål om statens plikt til å vurdere alternative lokasjoner for åpning og til å redegjøre for disse i miljørapporten. Dette siste poenget er viktig for adgangen til kontradiksjon, siden miljørapporten vil danne utgangspunktet for diskusjonen rundt planforslaget. Ordlyden «reasonable alternatives» gir ikke særlig mye veiledning hva gjelder innholdet i kravet. Både hva som vil være rimelig og hva som kan anses som alternativer vil avhenge av typen plan. Fordi plandirektivet omfatter en lang rekke ulike planer vil svarene kunne være svært forskjellige. Direktivet gir anvisning på at ordlyden må tolkes i lys av planens formål og geografiske virkeområde.³⁸⁷ Formålet med havvindsplaner er å angi områder for havvindinstallasjoner. Det geografiske området for den første runden har ikke vært avgrenset til enkelte områder på norskekysten. Det er av

³⁸⁵ HR-2020-2472-P premiss 211.

³⁸⁶ Plandirektivet Vedlegg I bokstav g.

³⁸⁷ Plandirektivet artikkel 5 (1).

denne grunn naturlig å forstå direktivet, i relasjon til havvindplanene, slik at planområdet er hele norskekysten, men at alternativer må knytte seg til de enkelte områdene som foreslås.

Alternativene må være realistiske.³⁸⁸ Det er ikke anledning til å velge alternativer som klart har verre effekter, i den hensikt å få vedtatt den plan som ønskes.³⁸⁹ Alternativene er ment å skulle gi en mulighet til å velge den beste løsningen for alle parter og man er derfor avhengig av at alternativene også forsøker å oppnå dette formålet. Hvor det er snakk om alternative lokasjoner, innebærer det at alternativene må være realistiske også at det må være praktisk mulig å gjennomføre tiltaket på de alternative lokasjonene. Hva som menes med alternativer er nærmere forklart i guidelines fra kommisjonen. Her uttales det at det med alternativer ikke bare menes alternativ lokalisering av den aktuelle lokaliteten, men også alternativ bruk av det området planen gjelder.³⁹⁰ For havenergi innebærer dette at det skal vurderes alternative lokaliseringer av havvindanlegg, men også hvilke andre næringer som kunne benytte seg av det aktuelle området. Særlig aktuelt her er adgangen til å benytte tilsvarende område til petroleumsvirksomhet eller akvakultur. Mulighet til å benytte område til fiskeri vil også være aktuelt, men dette vil ofte dekkes av baseline-scenarioet.

Et annet spørsmål er hvor grundig utredningene av alternativene skal være. Kommisjonen gir uttrykk for at de må utredes på samme måte og med samme detaljnivå som den foreslåtte planen.³⁹¹ Dette fremkommer også av en tolkning av artikkel 5(1), da bestemmelsen ikke skiller mellom utredning av «plans and programmes» og «reasonable alternatives». Dette til forskjell fra tiltaksdirektivet, som kun krever «a description of the reasonable alternatives», jf. artikkel 5(d). En konsekvensutredning i tråd med tiltaksdirektivet vil derfor ikke nødvendigvis tilfredsstillere kravene i plandirektivet. Den gjennomførte strategiske konsekvensutredningen

³⁸⁸ European Commission (2003) s. 25.

³⁸⁹ European Commission (2003) s. 25.

³⁹⁰ European Commission (2003) s. 25.

³⁹¹ European Commission (2003) s. 25.

for havvind har tatt for seg 15 områder og utredet disse.³⁹² Områdene er valgt ut gjennom arealavgrensningen. Imidlertid legges det opp til at alle områdene på sikt kan åpnes for konsesjon, selv om det nåværende forslaget kun gjelder et fåtall områder. Basert på de romslige kravene til alternativvurdering overfor vil nok de ulike områdene kunne fungere som alternativvurderinger til hverandre og slik oppfylle kravet. Konsekvensutredningen vurderer i begrenset grad alternativ bruk av områdene, men dette er til en viss grad dekket av baseline-scenariotet.

Samlet sett oppstiller plandirektivet i utgangspunktet relativt omfattende krav til konsekvensutredningens innhold, både når det gjelder konsekvensene av planen og mulige alternativer. Disse kravene er imidlertid ikke absolutte, og gjelder bare i den utstrekning som følger av plandirektivet artikkel 5 (2) og (3).

6.5.2 Plandirektivet artikkel 5 (2) og (3): Modifikasjon av innholdskravet

Kravene i plandirektivets artikkel 5 (1) gjelder bare innenfor grensene av direktivets artikkel 5 (2) og (3). Dette står ikke uttrykkelig av selve bestemmelsen, men fremkommer tydelig fra vedlegg I hvor det står at kravene er «subject to Article 5(2) and (3)».³⁹³ Etter plandirektivets artikkel 5 (3) kan informasjon fra tidligere nivåer i avgjørelsesprosessen benyttes for å oppfylle kravet i direktivet. For havvind innebærer nok bestemmelsen at informasjon fra arealavgrensningen kan benyttes i arbeidet med konsekvensutredningen, men ellers har bestemmelsen liten reell betydning. I det følgende vil jeg derfor konsentrere meg om artikkel 5 (2), som lyder:

«The environmental report prepared pursuant to paragraph 1 shall include the information that may reasonably be required taking into account current knowledge and methods of assessment, the contents and level of detail in the plan or programme, its stage in

³⁹² NVE (2012) s. 158–328.

³⁹³ Til forskjell fra tiltaksdirektivet oppstilles det heller ingen liste over forhold som uansett må vurderes. Se tiltaksdirektivet artikkel 5 (1).

the decision-making process and the extent to which certain matters are more appropriately assessed at different levels in that process in order to avoid duplication of the assessment.»

Informasjonen i artikkel 5 (1) kan altså bare kreves så langt det er rimelig. Spørsmålet blir dermed hva som kan regnes som «rimelig». Ordlyden må forstås slik at forvaltningen må vurdere den informasjonen som er hensiktsmessig og som burde kunne forventes i forkant av avgjørelsen. Hva som er rimelig må vurderes konkret.³⁹⁴ Det er naturlig å forstå bestemmelsen slik at den både regulerer hvorvidt de nærmere punktene listet opp over må vurderes og grundigheten av vurderingen i hvert enkelt punkt. Direktivets formål om å oppnå «a high level of protection of the environment» gjennom konsekvensutredningen tilsier også at hvor det er mulig bør miljøinformasjon om tiltaket fremkomme av konsekvensutredningen.³⁹⁵ EU-domstolen har flere ganger uttalt at konsekvensutredningen må gjennomføres så tidlig som mulig, ettersom «[i]t is indeed at that stage that the various elements of an alternative may be analysed and strategic choices made».³⁹⁶ En naturlig forlengelse av dette resonnementet vil være at også så mye informasjon som mulig bør fremkomme tidlig i prosessen.

Samtidig må det også være en grense for hvor mye informasjon som kan kreves. I tilfeller hvor private blir pålagt å gjennomføre utredninger, vil byrden på den private være et viktig hensyn i vurderingen.³⁹⁷ Når utredningen gjennomføres av staten er ikke slike hensyn like fremtredende, men det vil fortsatt være nødvendig å avveie utredningens omstendelighet mot ressurs hensyn. Det avgjørende må være om beslutningstakeren og andre berørte parter får tilstrekkelig informasjon til å kunne gjøre en vurdering av planen.

Plandirektivet artikkel 5 (2) oppstiller tre faktorer som det er aktuelt å ta hensyn til i vurderingen; informasjonsgrunnlag, detaljnivå og hvilket

³⁹⁴ Schütz (2007) s. 120.

³⁹⁵ Plandirektivet artikkel 1.

³⁹⁶ C-671/16 premiss 63.

³⁹⁷ I slike tilfeller må det oppstilles en proporsjonalitetsvurdering, se Schütz (2007) s. 344–348.

steg i prosessen det dreier seg om. Faktorene er ikke adskilte krav, men må forstås som elementer i en helhetsvurdering. Når det gjelder informasjonsgrunnlaget viser bestemmelsen til at det må tas hensyn til tilgjengelig kunnskap og metode.³⁹⁸ Dette må forstås slik at det som utgangspunkt ikke kreves omfattende forskning, men at utredningen i første omgang skal bestå av en sammenstilling av tilgjengelig informasjon. Særlig gjelder dette for konsekvensutredninger som utarbeides av private, ettersom det ville kunne pålegge utbygger store kostnader.³⁹⁹ Hensynene gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for strategiske konsekvensutredninger som utarbeides av sentrale myndigheter, men hensynet til en effektiv saksbehandling tilsier at det må være tilfellet også her. Dette virker også å være antatt i kommisjonens rapport om direktivet.⁴⁰⁰ Per i dag finnes det lite informasjon om de konkrete konsekvensene av vindmøller til havs. Å innhente omfattende forskning på dette vil være svært ressurskrevende. Før-var prinsippet tilsier imidlertid at usikkerheten bør fremkomme av konsekvensutredningen slik at risikoen kan vurderes av beslutningstakerne.

At det skal sees hen til detaljnivået i planen tilsier at grove planer som gir generelle anvisninger på type bebyggelse i et område, krever en mindre detaljert konsekvensutredning enn planer som gir detaljerte bestemmelser om utforming og beliggenhet av særlige tiltak.⁴⁰¹ Dette følger naturlig av at det i en slik grovere plan sjeldent vil være mulighet til å finne detaljerte kunnskap om konsekvensene, fordi disse beror på detaljer som enda ikke er bestemt. Når det gjelder havvind vil det for eksempel ikke være hensiktsmessig å innhente detaljert informasjon om bunnforholdene i hele det potensielle åpnede området, fordi dette vil kunne utredes i forbindelse med de aktuelle prosjektene. Derimot er det nødvendig å finne ut om bunnforholdene i området generelt er egnet for havvind og om det er spesielle forhold som gjør et område særlig lite egnet for havvind.

³⁹⁸ Plandirektivet art. 5 (2).

³⁹⁹ Schütz (2007) s. 360.

⁴⁰⁰ COM(2009) 469 final pkt. 3.4.

⁴⁰¹ Plandirektivet art. 5 (2).

At det skal tas hensyn til hvilket nivå man er på i avgjørelsesprosessen må for det første innebære at dersom det finnes et planhierarki, vil det ha betydning hvor den aktuelle planen plasserer seg i dette hierarkiet.⁴⁰² Bestemmelsen må sees i sammenheng med artikkel 4 (3) som for det første gir indirekte uttrykk for at kravet til konsekvensutredning gjelder på hvert nivå i planleggingshierarkiet, og videre at vurderingene på hvert stadium må tilpasses for å hindre dobbeltvurderinger. Dette vil være mindre relevant for havvind i dag ettersom drøftelsen over i kapittel 4 viser at havvind i liten grad er del av et planleggingshierarki.

Hensynet til hvor man er i avgjørelsesprosessen reiser også spørsmål om enkelte vurderinger kan overlates til prosjektstadiet. At bestemmelsen viser til avgjørelsesprosessen og ikke bare planhierarkiet kan tyde på det. Samtidig følger det av direktivets artikkel 11(1) at konsekvensutredningen skal være «without prejudice to any requirement» etter tiltaksdirektivet. Altså gjelder kravene i direktivene fullt ut uavhengig av hverandre. Vurderingen over av kravene i plandirektivets artikkel 5 (1) viser også at kravene noen steder er ulike. En utredning på prosjektnivå kan altså ikke veie opp for manglende utredning på planstadiet. Dette er også tillagt vekt av EU-domstolen i sak C-671/16 hvor domstolen uttalte seg om hvilken betydning senere krav om utredning på prosjektstadiet hadde for kravet om å gjennomføre en konsekvensutredning etter plandirektivet.⁴⁰³ Her viser domstolen særlig til at «an assessment [...] carried out under the EIA Directive cannot lead to an exemption from the obligation to carry out an environmental assessment required by the SEA Directive for the purposes of addressing the environmental aspects particular to the SEA Directive».⁴⁰⁴ Samtidig vil det være enkelte forhold som ikke vil kunne vurderes fullstendig på plannivået, fordi man mangler informasjon om det endelige tiltaket. Slike vurderinger må da avvente til den prosjektspesifikke konsekvensutredningen. For havvind vil dette blant annet gjelde den nærmere plasseringen av vindmøllene og ankring.

⁴⁰² Plandirektivet art. 5 (2).

⁴⁰³ C-671/16 premiss 61

⁴⁰⁴ C-160/17 premiss 65.

EU-domstolen har foreløpig ikke tatt stilling til om en spesifikk konsekvensutredning oppfyller innholdskravene i direktivet. Det finnes derfor ikke rettspraksis knyttet til plandirektivet artikkel 5(2). Bestemmelsen ble derimot vurdert i det såkalte klimasøksmålet. Hverken tingretten eller lagmannsretten vurderte bestemmelsen nevneverdig.⁴⁰⁵ I Høyesterett delte retten seg i spørsmålet om forståelsen av plandirektivets artikkel 5 (2). Spørsmålet var om det var en saksbehandlingsfeil at potensielle klimautslipp ved forbrenning av norsk olje i utlandet ikke ble vurdert ved åpningen av Barentshavet sørøst. Flertallet mente at dette ikke var en saksbehandlingsfeil, mens mindretallet kom til motsatt resultat. Flertallet holdt spørsmålet åpent om plandirektivets artikkel 5(1), med vedlegg, i utgangspunktet omfatter de nevnte opplysningene, og vurderte heller direktivets artikkel 5 (2)⁴⁰⁶ Høyesterett kommenterte først tidspunktet for når klimavirkningene måtte eller burde vurderes.⁴⁰⁷ Flertallet ga uttrykk for at det på åpningstidspunktet var stor usikkerhet knyttet til hvor store oljefunn man ville gjøre, og derfor også til utslippene.⁴⁰⁸ Videre var det «helt sentralt» for førstvoterende at globale miljøkonsekvenser ikke ville finne sted ved åpningen eller i letefasen, men først ved godkjenning av plan for utbygging og drift (PUD).⁴⁰⁹ Flertallet redegjør deretter for departementets adgang til å nekte godkjenning av plan om utbygging og drift, noe de mener staten både kan ha både rett og plikt til å gjøre i lys av Grunnloven § 112. Førstvoterende mener disse forholdene samlet sett må ha «stor vekt ved fastlegginga» av kravet etter direktivet.⁴¹⁰ Deretter går Høyesterett over til å se nærmere på det eventuelle kravet til innhold og omfang av eventuell utredning av klimaeffekter. Her viser flertallet særlig til at man bare hadde hatt kunnskap til å regne ut mulige klimakonse-

⁴⁰⁵ Tingretten viste ikke til direktivet overhodet, se TOSLO-2016-166674. Lagmannsretten viste kort til artikkel 5 (2) sammen med petroleumsforskriften § 6 c som gjennomfører bestemmelsen for petroleumsvirksomhet, se LB-2018-60499. Sett hen til disse bestemmelsene og usikkerheten knyttet til om det ville bli gjort petroleumsfunn i området, kom lagmannsretten til at utredningen av klimaeffektene måtte være tilstrekkelig.

⁴⁰⁶ HR-2020-2472-P premiss 211-213.

⁴⁰⁷ HR-2020-2472-P premiss 214 flg.

⁴⁰⁸ HR-2020-2472-P premiss 216.

⁴⁰⁹ HR-2020-2472-P premiss 217.

⁴¹⁰ HR-2020-2472-P premiss 223.

kvenser ved ulike scenarioer, ikke de konkrete utslippene, og at klima-effekten uansett hadde vært et viktig bakteppe for Stortingsbehandlingen. På denne bakgrunn kom flertallet til at manglende utredning ikke kunne være en saksbehandlingsfeil.

Mindretallet konkluderte først med at opplysningene som utgangspunkt måtte inngå i konsekvensutredningen etter direktivets artikkel 5 (1) og gikk deretter over til å vurdere artikkel 5 (2).⁴¹¹ Mindretallet viste til at vurderingen må foretas så tidlig som mulig, særlig sett hen til direktivets formål, men at omfanget måtte begrenses etter artikkel 5 (2).⁴¹² Likevel slik at bestemmelsen «ikke [gir] grunnlag for å utsette vurderingen av viktige sider ved miljøvirkningene med den begrunnelse at overslagene blir sikrere og mer detaljerte på et senere stadium».⁴¹³ Mindretallet viser også til at en slik løsning samsvarer best med Grunnloven § 112 og kommer til at det foreligger en saksbehandlingsfeil.

For vurderingen av utredningskrav for havvind er det ikke av særlig betydning hvorvidt de nevnte klimavirkningene av forbrenning skulle vært nevnt eller ikke. Parallele tall for havvind er ikke av samme betydning. Derimot er det av interesse hvordan Høyesterett her forstår plandirektivet mer generelt. Det er verdt å merke seg hvor stor vekt flertallet legger på konsekvensutredning av PUD. Selv om jeg over har kommet til at enkelte vurderinger vil måtte vente til prosjektstadiet, står dette i kontrast med plandirektivet og EU-domstolens vektlegging av at informasjon bør fremkomme så tidlig som mulig. I et planperspektiv er det også noe underlig å legge så stor vekt på at miljøkonsekvensene først vil oppstå på et senere stadium. Formålet med direktivet er nettopp at miljøforhold skal vurderes også på planstadiet. Her benytter mindretallet seg, etter min mening, av en mer lojal tilnærming til direktivet. I dette perspektivet er det også mindre grunn til å legge vekt på adgangen til å avslå søknader senere. Dette vil i større eller mindre grad være mulig for de fleste tiltak som også reguleres av planer.

⁴¹¹ HR-2020-2472-P premiss 263-267.

⁴¹² HR-2020-2472-P premiss 269-270.

⁴¹³ HR-2020-2472-P premiss 271.

Det er usikkert hvordan EU-domstolen ville håndtert en lignende sak. Redegjørelsen over viser hvordan bestemmelsen legger opp til en svært skjønnsmessig vurdering, og det er dermed ikke sikkert at EU-domstolen ville kommet til et annet resultat i den konkrete vurderingen. Flertallets vektlegging av konsekvensutredning av PUD virker derimot ikke å være i samsvar med den formålsoverrettede tolkningen EU-domstolen vanligvis legger opp til. For norske myndigheters vil nok likevel klimadommen være en viktig retningslinje for bruken av direktivet fremover.

6.5.3 Oppsummering

Innholdskravene til den strategiske konsekvensutredningen er altså å finne i henholdsvis utredningsprogrammet, norsk lovgivning og plandirektivet. Foreløpig er det ikke vedtatt særlige bestemmelser om innholdet i den strategiske konsekvensutredningen i norsk rett. Hvilke krav som stilles må derfor først og fremst hentes fra plandirektivet. Direktivet knytter seg kun til miljøpåvirkninger og det finnes derfor ingen nærmere retningslinjer for utredningen av samfunnskonsekvenser. Plandirektivet gir uttrykk for en rekke krav til konsekvensutredningen, men disse er ikke absolutte. Direktivets artikkel 5 (2) gir uttrykk for en skjønnsmessig vurdering av hva konsekvensutredningen må innholde, basert på hva som er rimelig. Denne bestemmelsen er ikke behandlet av EU-domstolen. I Klimadommen la flertallet stor vekt på muligheten til å utrede de aktuelle konsekvensene på tiltaksstadiet. Vurderingen kan kritiseres for ikke å ta tilstrekkelig hensyn til direktivets formål.

Vurderingen av alternativer er særlig viktig etter konsekvensutredningsdirektivet. Utredningen må både vurdere alternativ lokalisering av aktiviteten, og alternativ bruk av den aktuelle lokaliteten. Den strategiske konsekvensutredningen for havvind vurderer flere ulike lokaliteter opp mot hverandre og oppfyller nok på denne måten direktivets krav.

6.6 EØS-rettslige krav til gjennomføring av plandirektivet for havvind

Den overordnede gjennomgangen av innholdskravene i plandirektivet, viser at disse forholdene i liten grad er regulert i det norske havvindsregelverket. Kravet til konsekvensutredning er inntatt i havenergiloven og forarbeidene viser til plandirektivet, men de nærmere innholdskravene er ikke gjennomført i havenergilovforskriften slik kravene i tiltaksdirektivet er. I sitt høringssvar til forslaget til ny havenergilovforskrift kritiserte Miljødirektoratet den manglende behandlingen av plandirektivet.⁴¹⁴ I den kongelige resolusjonen gjenga departementet Miljødirektoratets kritikk i brede ordelag, men kommenterte ikke på kritikken knyttet til plandirektivet.⁴¹⁵ Dette reiser spørsmål om hvilke krav som stilles i EØS-retten for gjennomføring av direktiv i norsk rett, og om norsk rett ivaretar disse.

Det skilles i EU mellom forordninger og direktiv. Begge formene for lovgivning er definert i TEUF artikkel 288. En forordning er som utgangspunkt mer omfattende og er automatisk gjeldende for medlemsstatene i EU, jf. TEUF artikkel 288 (2). Om direktivet står det derimot at:

«A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.»⁴¹⁶

Dette innebærer at staten nyter en viss frihet når det gjelder gjennomføringen av direktivet. Samtidig vil denne friheten variere avhengig av hvor spesifikke resultat direktivet krever.⁴¹⁷ Forskjellen mellom forordninger og direktiv er etterhvert blitt mer utydelig, og direktiv kan i enkelte tilfeller kreve så detaljerte reguleringer at medlemsstatene i praksis ikke har noe handlingsrom.⁴¹⁸ EU-domstolen har i flere saker vurdert

⁴¹⁴ Miljødirektoratet (2019) s. 4–5.

⁴¹⁵ Kgl.res. av 12. juni 2020 (a) til § 6.

⁴¹⁶ TFEU artikkel 288 (3).

⁴¹⁷ Sejersted (2014) s. 51.

⁴¹⁸ Van Den Brink (2017) s. 217–218.

medlemslands gjennomføring av direktiv i nasjonal rett. Et eksempel er sak C-363/85, som gjaldt Italias gjennomføring av direktiv 80/502/EEC om innhold i dyrefôr. Italia hadde forsøkt å gjennomføre reguleringen i nasjonal rett, men hadde ikke inntatt legaldefinisjonene for «animals», «pet animals» og «compound feedingstuffs» i reguleringen. Italia hevdet at dette likevel fremkom implisitt i reguleringen som et hele. Domstolen uttalte at:

«[T]he transposition of a directive into domestic law does not necessarily require that its provisions be incorporated formally and verbatim in express, specific legislation; a general legal context may, depending on the content of the directive, be adequate for the purpose provided that it does indeed guarantee the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner so that, where the directive is intended to create rights for individuals, the persons concerned can ascertain the full extent of their rights and, where appropriate, rely on them before the national courts.»⁴¹⁹

I den aktuelle saken var det ikke påberopt noen faktiske konsekvenser av at definisjonene ikke fremgikk, og spørsmålet domstolen stilte seg var derfor om konsekvenser, i hvert fall teoretisk, kunne tenkes. Domstolen kom til at dette ikke var tilfelle da definisjonene brukt i den italienske lovgivningen omfattet de konkrete begrepene i direktivet og fraværet av disse definisjonene hadde ikke betydning for rettsreglens innhold. Uttalelsen fra sak C-363/85 er gjentatt i en rekke avgjørelser.⁴²⁰ Uttalelsen er generell og gir uttrykk for at det som utgangspunkt ikke kreves formelle rettsregler som angir direktivets eksakte ordlyd, det vil kunne være tilstrekkelig at dette følger av en mer generell juridisk tolkning. Dette avhenger av innholdet i direktivet, formålet og om det gir tilstrekkelig klar hjemmel for individer til å håndheve sine rettigheter.

Plandirektivet oppstiller relativt tekniske regler knyttet til gjennomføringen av konsekvensutredninger. Dette tilsier at gjennomføringen bør holde et høyt presisjonsnivå. Samtidig har reglene en noe mer avledet

⁴¹⁹ C-363/85 premiss 7.

⁴²⁰ Se blant annet C-131/88 og C-29/84.

virkning for enkeltindivider enn reglene i tiltaksdirektivet. Kravene gjelder ikke til enkeltvedtak, men til overordnede beslutninger. Disse overordnede beslutningene har likevel stor innvirkning på senere avgjørelser og kan potensielt ha betydning for gyldigheten av senere konsesjonsvedtak. Det kan derfor sies at kravene fortsatt har en viss betydning for personers individuelle rettigheter.

Praksis fra ESA og norske myndigheter kan være veiledende i vurderingen av implementeringskravene. I 2005 klagde Bellona Norge inn for ESA grunnet manglende gjennomføring av plandirektivet i petroleumsregelverket.⁴²¹ Klagen ble senere trukket etter at Olje- og energidepartementet foreslo nye regler om konsekvensutredning i forskrift.⁴²² Ettersom klagen ble trukket er det usikkert hva ESA ville sagt om dette. I høringsnotatet til den nye forskriften skriver departementet at Norge «allerede har bestemmelser som sikrer at en kan oppfylle kravene i plandirektivet» i petroleumsloven § 3-1, men at man ønsket å synliggjøre kravene som følger av direktivet. Departementets uttalelser her er imidlertid tvilsomme, all den tid petroleumsloven § 3-1 bare krever en «en avveining mellom [...] ulike interesser». At også ESA stiller strengere krav til implementeringen enn dette, illustreres av den senere saken mellom ESA og Norge om gjennomføringen av plandirektivet. Her viste ESA blant annet til at den norske reguleringen ikke gjennomførte alle punktene i plandirektivets Vedlegg 1.⁴²³ Dette tilsier at tilsvarende krav også bør implementeres i havenergi-regelverket.

På denne bakgrunn må det hevdes at havenergiloven og havenergi-lovforskriften gjennomføring av plandirektivet ikke er tilfredsstillende.

6.7 Utvalgte spørsmål om ugyldighet og overprøving

Tidlig avklaring og dialog er viktig for god sameksistens. Hvor en ikke oppnår enighet blir det imidlertid et spørsmål om partene kan ta saken

⁴²¹ Bellona – klage (2005).

⁴²² Olje- og energidepartementet (2005).

⁴²³ ESA (2014) s. 5

videre og eventuelt ta ut søksmål for domstolene. Beslutningen om åpning gjøres i form av en kongelig resolusjon og er ikke et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Det foreligger derfor ikke alminnelig klagerett. Det kan stilles spørsmål ved om åpningsbeslutningen alene kan gjøres til gjenstand for søksmål, men det er høyst tvilsomt om noen kan ha rettslig interesse til et slikt søksmål.⁴²⁴ Derimot kan feil i åpningsvedtaket ha betydning for prøvingen av konsesjoner gitt i de åpne områdene. I slike tilfeller vil åpningsvedtakets gyldighet måtte vurderes prejudisielt.⁴²⁵

Jeg vil i denne oppgaven ikke gi en fullstendig vurdering av ugyldighetsreglene og domstolens adgang til å prøve åpningsbeslutningen, da dette i stor grad vil bero på alminnelige regler om prøving av saksbehandlingsfeil og myndighetsmisbruk.⁴²⁶ I lys av den nye klimadommen ønsker jeg likevel å kommentere to forhold som har særlig betydningen for de spørsmål jeg tar for meg i oppgaven. Det første gjelder hvor langt domstolen vil gå i sin vurdering av om det er gjort feil i saksbehandlingen – altså prøvingsintensitet. Det andre er spørsmålet om hva som skal til for at beslutningen medfører ugyldighet. Hvor det første gjelder vurderingen av om det foreligger feil, gjelder det andre *hvilke følger* feilen skal få.

6.7.1 Prøvingsintensitet ved vurdering av konsekvensutredninger

Når en sak om gyldighet kommer opp for domstolene er det et spørsmål hva retten kan og hvor langt den vil gå i prøvingen. Det første er et spørsmål om prøvingskompetanse, det andre om prøvingsintensitet.⁴²⁷ Det er på det rene at domstolen kan prøve om det foreligger saksbehandlingsfeil. Dette må som utgangspunkt også gjelde de saksbehandlingsreglene som vurderes i denne oppgaven.

⁴²⁴ Dette ble vurdert i Høstmølingen (2005) hva gjelder åpning av petroleumsfelt, se s. 75–84.

⁴²⁵ Dette ble gjort i et tilsvarende sakskompleks i HR-2020-2472-P.

⁴²⁶ Se Eckhoff (2018) kapittel 24, 29 og 33.

⁴²⁷ Eckhoff (2018) s. 524–528.

På den andre siden har domstolen i noen saker vist tilbakeholdenhet med å overprøve faglige vurderinger og skjønn.⁴²⁸ Manglende konsekvensutredning regnes som en saksbehandlingsfeil, men inneholder også elementer av faglig skjønn. Eksempelvis vil vurderinger av om konsekvensutredninger skal gjennomføres og innholdet i den konkrete konsekvensutredningen bero på faglige vurderinger. Dette reiser spørsmål om domstolen er, eventuelt burde være, tilbakeholden med å overprøve denne vurderingen.

Backer har i sin doktoravhandling fra 1968, på bakgrunn av Alta-saken, gitt uttrykk for at domstolens prøvingsintensitet overfor utredningskrav kanskje ikke er tilsvarende saksbehandlingsregler for øvrig.⁴²⁹ Han begrunner dette blant annet med de faglige og skjønnsmessige vurderingene som ligger i utredningskravet. Han viser til at utredningsplikten på denne måten ligner på den materielle vurderingen forvaltningen må gjøre i saken. Backers doktoravhandling er skrevet før innføringen av EU-direktivene om konsekvensutredninger og kan derfor ikke legges til grunn uten videre i dag. Samtidig er det fortsatt slik at den nærmere utformingen av konsekvensutredninger nødvendigvis må bygge på en viss grad av faglig skjønn. Schütz bygger på Backers betraktninger når hun i sin doktorgradsavhandling fra 2007 om konsekvensutredningsdirektivene skriver at innholdskravene kan sammenlignes med materielle kompetansenormer ved at de ofte innebærer et vidt forvaltnings-skjønn.⁴³⁰ Hvor Backer ikke klart skiller mellom krav om utredning, og utredningens innhold, knytter Schütz kommentarene utelukkende til sistnevnte. Dette kan sees i sammenheng med den rettslige utviklingen med inntoget av konsekvensutredningsdirektivet og klarere krav til når en konsekvensutredning skal gjennomføres.

Prøvingsintensiteten ble kommentert av Høyesterett i Rt. 2009 s. 661 Husebyskogen. Saken gjaldt spørsmål om betydningen av manglende konsekvensutredning, og særlig utredning av alternativer, ved reguleringsplan for ny amerikansk ambassade. I sin gjennomgang av

⁴²⁸ Rt. 1995 s. 1427, Rt. 2004 s. 1092 og Eckhoff (2018) s. 527.

⁴²⁹ Backer (1986) s. 658. Rt. 1982 s. 241.

⁴³⁰ Schütz (2007) s. 49.

konsekvensutredningsreglene påpeker Høyesterett flere ganger at arbeidet med konsekvensutredninger bygger på et «faglig-politisk skjønn» og at dette skjønnnet også henger sammen med den materielle vurderingen av tiltaket.⁴³¹ Høyesterett uttaler deretter at vurderingstemaet for domstolene ikke er «hva som ville være den optimale utredningsplanen», men hva som vil «tilfredsstille kravene til forsvarlig utredning og behandling».⁴³² Selv om Høyesterett ikke sier det uttrykkelig tyder disse uttalelsene, sammenholdt med uttalelsene om det faglig-politiske skjønnnet, på at Høyesterett viser en viss tilbakeholdenhet i vurderingen. Høyesterett kom til at EU-direktivene om konsekvensutredning ikke kom til anvendelse på det aktuelle sakskomplekset.⁴³³ Den manglende anvendelsen av konsekvensutredningsdirektivene kan tenkes å ha hatt betydning for Høyesteretts syn på overprøvningsmulighetene.

Nyere rettspraksis kan tyde på at Høyesterett kanskje ikke lenger vil være like tilbakeholden. I klimadommen uttaler Høyesterett seg om prøvingen av saksbehandlingsfeilene. Etter å ha konkludert med at domstolen må være svært tilbakeholdne ved prøving av politiske avgjørelser, i hvert fall når de har vært behandlet av Stortinget, uttaler førstvoterende at det «derimot ikkje [er] den same grunnen til å vera atterhalden når det gjeld prøvinga av sakshandsaminga».⁴³⁴ Ettersom Grunnloven § 112 (2) utelukkende gjelder krav om kunnskap og informasjon om tiltak som påvirker miljøet, og det er spørsmål om konsekvensutredningens innhold som er gjenstand for søksmålet, må disse uttalelsene også regnes å omfatte dette. Dette understrekes av at førstvoterende i neste setning viser til at domstolen skal kontrollere om forvaltningen har gjort nødvendige avveininger.⁴³⁵ Også mindretallet er enige i disse vurderingene. Annevoterende understreker at når domstolen må være så tilbakeholden med de materielle sidene av Grunnloven § 112, er det «desto større grunn» til å prøve saksbehandlingen. Flertallet kommer likevel til at det ikke

⁴³¹ Rt. 2009 s. 661 premiss 61, 64 og 73.

⁴³² Rt. 2009 s. 661 premiss 73.

⁴³³ Rt. 2009 s. 661 premiss 65.

⁴³⁴ HR-2020-2472-P premiss 182.

⁴³⁵ HR-2020-2472-P premiss 182.

foreligger saksbehandlingsfeil. Denne vurderingen er drøftet nærmere over i pkt. 6.5.2. Som nevnt her er det mulig å stille spørsmål ved flere av flertallets vurderinger. Disse virker imidlertid ikke å være begrunnet i forvaltningens skjønnsrom. Flertallet virker langt på vei å mene at utredningen burde vært foretatt, men på et senere tidspunkt i prosessen.

Samlet sett kan det se ut som at det skjer en gradvis endring hos domstolen i retning av en mer intens prøving av konsekvensutredningsreglene. Dette kan til dels skyldes en gradvis rettsliggjøring av konsekvensutredningsinstituttet. Det kan også skyldes den økte betydningen Grunnloven § 112 har fått for norsk miljørett i senere tid. Det er likevel for tidlig å si om man har gått helt bort fra den tidligere tilbakeholdenheten i overprøvingen.

6.7.2 Forholdet mellom plandirektivet og den norske ugyldighetslæren

Vedtak beheftet med feil er fortsatt gyldig når «det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold», jf. forvaltningsloven § 41. Et vedtak er altså gyldig så lenge feil ikke har virket inn på vedtaket. Bestemmelsen kan ikke tolkes antitetisk slik at feil som har virket inn på vedtaket automatisk medfører ugyldighet.⁴³⁶ Bestemmelsen må suppleres med den ulovfestede ugyldighetslæren.⁴³⁷ Hvor det er snakk om saksbehandlingsfeil følger det av denne læren at det må være en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at feilen har innvirket på avgjørelsen.⁴³⁸ I tillegg må det gjennomføres en avveining hvor feilens karakter, hvem avgjørelsen er til gunst for, partens innrettelse og partens medvirkning til feilen er momenter.⁴³⁹

At det må være en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at feilen har fått innvirkning innebærer at det må være en viss sannsynlighet for at

⁴³⁶ NOU 2019: 5 s. 535 og Innst.O. nr. 2 (1966–1967) s. 16.

⁴³⁷ NOU 2019: 5 s. 535.

⁴³⁸ NOU 2019: 5 s. 536. Se også Rt. 2009 s. 661.

⁴³⁹ NOU 2019: 5 s. 536 omtaler det som en «samlet vurdering». Eckhoff (2018) s. 475 kaller det en interesseavveining.

feilen har fått betydning.⁴⁴⁰ Det skal likevel ikke særlig mye til. I HR-2017-2247-A Reinøya formulerte Høyesterett dette som et spørsmål om det er «reell mulighet» for et annet resultat om konsekvensutredning hadde vært utarbeidet.⁴⁴¹ Temaet i saken var hvorvidt vedtak om et veiprojekt var ugyldig fordi det ikke var gjennomført konsekvensutredning av ulemper for reindriften. Høyesteretts flertall kom til at det skulle vært gjennomført en konsekvensutredning, men at dette ikke var «noen reell mulighet for at en konsekvensutredning» ville ført til et annet resultat.⁴⁴² Vedtaket var derfor ikke ugyldig. Begrunnelsen for flertallets syn var særlig at det hadde vært gjort flere utredninger og analyser av konsekvensene for reindriften, selv om det ikke var gjennomført en fullstendig konsekvensutredning.⁴⁴³ Mindretallet kom til motsatt resultat, og viste til at disse utredningene ikke hadde «et grunnlag og en dybde» som oppfylte de «grunnleggende hensynene bak kravet om konsekvensutredning».⁴⁴⁴ Også i overnevnte Rt. 2009 s. 661 Husebyskogen kom Høyesterett til at manglende konsekvensutredning ikke førte til ugyldighet, fordi retten mente konsekvensutredning ikke ville ført til et annet resultat.⁴⁴⁵ Etter norsk rett, vurdert isolert, kan det derfor ikke sies at manglende konsekvensutredning eller feil ved denne automatisk fører til ugyldighet. Hvor saksbehandlingskrav følger av EU-retten, slik som plandirektivet, er det imidlertid et spørsmål om EU-retten stiller strengere krav til betydningen av saksbehandlingsfeil. Sak C-24/19 kan tyde på dette. Avgjørelsen gjaldt spørsmål om plandirektivet stilte krav om konsekvensutredning for en forskrift og et rundskriv som ga generelle bestemmelser om utbygging og drift av vindmøller. En underproblemstilling var hvilke følger det måtte få at en slik konsekvensutredning ikke var blitt gjennomført. EU-domstolen uttaler her at:

⁴⁴⁰ Høyesterett understreker at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt i Rt. 2009 s. 661

⁴⁴¹ HR-2017-2247-A premiss 97.

⁴⁴² HR-2017-2247-A premiss 116.

⁴⁴³ HR-2017-2247-A premiss 111-115.

⁴⁴⁴ HR-2017-2247-A premiss 140.

⁴⁴⁵ Rt. 2009 s. 661 premiss 77-86.

«Under the principle of sincere cooperation provided for in Article 4(3) TEU, Member States are required to eliminate the unlawful consequences of such a breach of EU law. It follows that the competent national authorities, including national courts hearing an action against an instrument of national law adopted in breach of EU law, are therefore under an obligation to take all the necessary measures, within the sphere of their competence, to remedy the failure to carry out an environmental assessment. That may, for a 'plan' or 'programme' adopted in breach of the obligation to carry out an environmental assessment, consist, for example, in adopting measures to suspend or annul that plan or programme. »⁴⁴⁶

Det følger av dette at nasjonale domstoler skal benytte alle nødvendige midler for å sikre at en konsekvensutredning blir gjennomført. TEU artikkel 4 (3) som domstolen viser til oppstiller et krav om lojalitet for medlemslandene. Lignende krav er inntatt i EØS-avtalen artikkel 3. I EU-domstolens avgjørelse oppstilles det ingen unntak tilsvarende innvirkningskravet i norsk rett. Tvert imot er det eneste unntaket avgjørelsen oppstiller der hvor annullering av planen vil medføre et rettslig vakuum som kan medføre at medlemsstaten ikke opprettholder andre miljøkrav i EU-lovgivningen.⁴⁴⁷ Dette kan tyde på at de norske ugyldighetsreglene, i lys av EU-retten, må tolkes innskrenkende på dette området. Også tidligere dommer har gitt uttrykk for lignende oppfatning.⁴⁴⁸

Forholdet mellom EU-retten og de norske ugyldighetsreglene ble kommentert av Høyesterett i HR-2020-2472-P Klimadommen. Flertallet kom her til at det ikke forelå saksbehandlingfeil. Førstvoterende vurderte likevel forvaltningsloven § 41 og den nye EU-avgjørelsen i et obiter dictum.⁴⁴⁹ Etter å ha sitert den nevnte uttalelsen fra EU-dommen, sier førstvoterende at han ikke vil ta stilling til rekkevidden av lojalitetsplikten i EU/EØS-retten. Han nøyer seg i stedet med å uttale at eventuelle mangelfulle vurderinger kan rettes opp på PUD-stadiet eller gjennom et generelt politisk vedtak fra Stortinget om nedjustering av

⁴⁴⁶ C-24/19 premiss 83.

⁴⁴⁷ C-24/19 premiss 90.

⁴⁴⁸ C-41/11 premiss 42-43.

⁴⁴⁹ HR-2020-2472-P premiss 43-46.

oljevirkosomhet.⁴⁵⁰ Mindretallet er uenig med flertallets oppfatning på dette punkt.⁴⁵¹ De mener at det ikke er tilstrekkelig å utsette utredningen og at lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 medfører en plikt til å rette opp direktivbrudd så langt dette er mulig. Mindretallet kommer også til at det er rom for å tolke forvaltningsloven § 41 i samsvar med de internasjonale forpliktelsene.⁴⁵²

Flertallets uttalelser er problematiske av flere grunner. For det første er det ikke nødvendigvis slik at utredning på prosjektstadiet kan avhjelpe manglende konsekvensutredning på planstadiet. Dette vurderes nærmere nedenfor. For det andre retter EU-domstolen avgjørelse seg til det enkelte myndighetsorgan, også domstolen. Når en slik sak kommer opp pålegger det altså domstolen å benytte de tiltak de har til rådighet. Det er da ikke mulig for domstolen å flytte dette ansvaret over til Stortinget. Mindretallets avgjørelse virker på dette punktet å være mer i tråd med EU-domstolens uttalelser, samt plandirektivets formål.

Saksøkerne i overnevnte HR-2017-2247-A Reinøya klaget på de norske ugyldighetsreglene til ESA, som sendte brev om forholdet til Klima- og miljødepartementet i april 2019.⁴⁵³ I sitt svar fra juni 2019 redegjør departementet for de norske reglene og uttaler at de ikke kan se at EU-domstolen stiller krav om at feil automatisk skal føre til ugyldighet.⁴⁵⁴ ESA har ikke kommet med oppfølgende uttalelse. Den overnevnte avgjørelsen fra EU-domstolen tilsier imidlertid at den norske løsningen ikke holder vann.

Et annet spørsmål, som aktualiseres av Høyesteretts henvisning til PUD-godkjennelsen i HR-2020-2472-P Klimadommen, er spørsmålet om mangelfull konsekvensutredning på planstadiet kan repareres med konsekvensutredning på tiltaksstadiet. Innvirkningsvurderingen i den norske ugyldighetslæren tilsier ofte at det er mulig å reparere saksbehand-

⁴⁵⁰ HR-2020-2472-P premiss 246.

⁴⁵¹ HR-2020-2472-P premiss 276-288.

⁴⁵² HR-2020-2472-P premiss 287.

⁴⁵³ ESA (2019).

⁴⁵⁴ Klima- og miljødepartementet (2019) s. 2.

lingsfeil, eksempelvis gjennom klagebehandling.⁴⁵⁵ Flertallets uttalelser i klimadommen virker til en viss grad å gå i samme retning.

EU-domstolen har imidlertid gått langt i å si at dette ikke er tilstrekkelig. Sak C-671/16 gjaldt planlegging av et byområde i Brussel. Spørsmålet for EU-domstolen var om planen krevde konsekvensutredning etter plandirektivet. En delproblemstilling gjaldt hvorvidt konsekvensutredninger på de ulike stadiene kunne akkumuleres til en utredning. EU-domstolen viste her til at formålet med plandirektivet var å sikre konsekvensutredning så tidlig som mulig og før planen ble vedtatt.⁴⁵⁶ Begrunnelsen for dette er at det er på dette stadiet man har størst potensiale til å vurdere alternativer. Videre sier EU-domstolen at

«[...] an environmental impact assessment report completed under the EIA Directive cannot be used to circumvent the obligation to carry out the environmental assessment required under the SEA Directive in order to address environmental aspects specific to that directive.

Thus, the fact, raised by the referring court, that the future planning permission applications will be subjected to an impact assessment procedure under the EIA Directive is not capable of calling in question the need to carry out an environmental assessment of a plan or a programme falling within the scope of Article 3(2)(a) of the SEA Directive»⁴⁵⁷

Disse uttalelsene taler klart i retning av at utredning på tiltaksnivå ikke kan reparere manglende utredning på plannivå. Lignende uttalelser følger også av sak C-295/10.⁴⁵⁸ Uttalelsene underbygges av at direktivene har delvis forskjellige formål og innholds krav. Av denne grunn må EU-retten forstås slik at feil ved konsekvensutredning på plannivå som utgangspunkt ikke kan repareres på tiltaksnivå.

⁴⁵⁵ Graver (2019) s. 567.

⁴⁵⁶ C-671/16 premiss 62-63.

⁴⁵⁷ C-671/16 premiss 65-66.

⁴⁵⁸ C-295/10 premiss 55-63.

7 Beslutning om åpning av område

7.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg se nærmere på forholdene rundt selve åpningsbeslutningen. Som beskrevet i kapittel 5.1 gir havenergiloven § 2-2 (1) Kongen i statsråd kompetanse til å åpne områder for konsesjon. Jeg vil nedenfor vurdere krav til høring i forkant av beslutningen, hvem som har kompetanse til å fatte vedtak og hvilke forhold som skal tas i betraktning ved åpningsbeslutningen. I tillegg vil jeg se nærmere på adgangen til å sette rammer for senere konsesjonsvedtak gjennom åpningsbeslutningen. Slike rammer kan være viktig for å sikre forutsigbarhet mellom nærinngene, men kan også være et viktig verktøy for å minske konfliktnivået.

7.2 Krav til høring i forkant av beslutningen

Når konsekvensutredningen er gjennomført skal den, sammen med forslag til åpning av område, sendes ut på høring og legges ut for offentlig ettersyn, jf. havenergiloven § 2-2 (3). Ved den første områdeåpningen i 2020 ble kun 2 av de 15 områdene som ble konsekvensutredet, lagt frem.⁴⁵⁹ Dette var områdene som ble anbefalt av NVE på bakgrunn av konsekvensutredningen.⁴⁶⁰ Selve konsekvensutredningen ble også sendt ut på høring i 2013, kort tid etter at den ble gjennomført.

Kravet om høring følger også av plandirektivet artikkel 6. Her stilles det krav om at befolkningen og relevante myndigheter skal få en «early and effective opportunity» til å uttrykke seg om planen og konsekvensutredningens innhold. Direktivet gir ingen nærmere retningslinjer for hva dette innebærer. Ordlyden tilsier at befolkningen og myndighetene skal få tilstrekkelig tid til å vurdere og svare på høringen. I tillegg må muligheten være effektiv på den måten at det ikke er uforholdsmessig vanskelig å finne frem til forslaget og sende inn høringssvar. Kommisjonen har

⁴⁵⁹ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b).

⁴⁶⁰ NVE (2018).

uttalt at tidsrammen må tilpasses plantypen, herunder hvor kompleks og lang planen og konsekvensutredningen er.⁴⁶¹ Selve beslutningen om åpning av områder for konsesjon er ikke særlig kompleks, sammenlignet med mange andre planer. Imidlertid er bakgrunnsinformasjonen og konsekvensutredningen både omfattende, kompleks og usikker. Dette tilsier at det bør gis en rommelig frist.

Kommisjonen gir også uttrykk for at fristen må være lovfestet.⁴⁶² Høringsfristen er foreløpig ikke lovfestet i havenergiloven eller havenergi-lovforskriften. Dette i motsetning til beslutningen om å gi konsesjon, hvor det følger av havenergilovforskriften § 4 (3) at fristen ikke kan være under 6 uker. En slik bestemmelse burde også vedtas for den strategiske konsekvensutredningen, i samsvar med konklusjonene i kapittel 6.6 om krav til gjennomføring av direktivet.

7.3 Hvem er beslutningstaker?

Beslutningen om at områder skal åpnes er lagt til Kongen i statsråd, jf. havenergiloven § 2-2. Dette innebærer at åpning krever formelt vedtak i form av en kongelig resolusjon. Utsira Nord og Sørliche Nordsjø II ble, som de to første havvindområdene i Norge, vedtatt ved kongelig resolusjon 12. juni 2020.⁴⁶³ Det er ingen indikasjoner i loven eller forarbeidene om at beslutningen bør forankres demokratisk gjennom en behandling i Stortinget.

Reglene om beslutningsorgan for havvind skiller seg fra det som gjelder for petroleum, til tross for at bestemmelsen ellers er inspirert av petroleumslovens regler. Petroleumsloven § 3-1 gir ikke selv anvisning på hvem som skal beslutte åpning. Det er imidlertid fast praksis at foreslåtte områder legges frem for Stortinget i form av Stortingsmeldinger.⁴⁶⁴ Denne

⁴⁶¹ European Commission (2003) s. 36.

⁴⁶² European Commission (2003) s. 36.

⁴⁶³ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b).

⁴⁶⁴ Dette er blant annet kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 72 (1982–1983) s. 45 og Hammer (2012) Kommentar til § 3-1.

praksisen er nå også hjemlet i petroleumsforskriften⁴⁶⁵ § 6d. Prosessen har altså likhetstrekk med de helhetlige forvaltningsplanene for hav. På lik linje med forvaltningsplanene medfører dette at åpning ikke formelt vedtas av Stortinget, men som forarbeidene legger til grunn vil det «i realiteten» være Stortinget som fatter beslutningen.⁴⁶⁶ Åpningen blir ikke formalisert i form av en kongelig resolusjon, men regjeringsbeslutningen blir gjort synlig i form av utlysning av områder og tildeling av tillatelser.⁴⁶⁷ I forarbeidene til petroleumsloven begrunner Olje- og energidepartementet fremleggningen for Stortinget med at saker som omhandler «større interessekonflikter» bør forelegges Stortinget.⁴⁶⁸ Departementet nevner særlig interessekonflikt med fiskerinæringen som eksempel.

Behovet for en tilsvarende demokratisk forankring drøftes ikke i forarbeidene til havenergilovent. Samtidig er det heller ikke vanlig at slike spørsmål regelmessig reises for Stortinget etter andre konsesjonsregelverk, slik som vindkraft på land. Selv om forarbeidene til petroleumsloven ikke nevner det, er også petroleumsvirksomhetens betydelige økonomiske virkninger en grunn til at åpning av nye petroleumsområder bør vurderes av Stortinget. De lege ferenda kan det imidlertid spørres om Stortinget burde bli forelagt spørsmålet om åpning av områder for havvind, dersom det etter hvert vil være aktuelt å åpne flere og større områder for havvind.

7.4 Vurderingstema ved åpning av områder

Foreløpig i oppgaven har fokuset vært på de prosessuelle og personelle kravene til åpningsbeslutningen. Et annet spørsmål er om bestemmelsen oppstiller noen materielle begrensninger på adgangen til å åpne områder for havvind. Etter havenergilovent § 2-2 (1) «kan» Kongen i statsråd åpne områder. I denne sammenhengen er det naturlig å forstå «kan»-skjønnet slik at det er opp til Kongen i statsråd selv å vurdere om områder skal

⁴⁶⁵ Forskrift 27. juni 1997 nr. 653 til lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsforskriften).

⁴⁶⁶ Ot.prp. nr. 72 (1982–1983) s. 45.

⁴⁶⁷ Høstmølingen (2006) s. 9.

⁴⁶⁸ Ot.prp. nr. 72 (1982–1983) s. 45–46.

åpnes eller ikke. Det er likevel et spørsmål om det ligger noen begrensninger på skjønnnet av hensyn til miljø eller andre interesser.

I proposisjonen til havenergiloven gis det uttrykk for at det i «kan»-skjønnnet ligger en forutsetning om «ei avveging mellom ulike interesser som gjer seg gjeldande i det aktuelle området».⁴⁶⁹ Det kan være miljøforhold som hensyn til fugleliv, fisk og andre dyr i havrommet, men også hensynet til andre næringsinteresser som fiskeri, petroleum og skipsfart. På motsatt side står muligheten for verdiskapning, teknologiutvikling og ren energi. At interesseavveiningen skal knytte seg til de hensyn som gjør seg gjeldende «i det aktuelle området» tilsier at det må foretas en individuell vurdering av hvert område.⁴⁷⁰ Uttalelsen kan imidlertid ikke forstås slik at vurderingen er strengt begrenset til interesser innenfor områdets grenser. Dette vil være en for begrenset forståelse av relevante hensyn. Beslutningens konsekvenser for interesser utenfor det geografiske området må også vurderes. Eksempler hvor dette er aktuelt er hvor havvindanlegget ligger i nærheten av områder som er særlig sårbare og hvor utbygging og drift av havvind kan få negative konsekvenser også for dette området. Tilsvarende kan endringer i økosystemet rundt havvindanleggene få konsekvenser for økosystemer i andre områder, eksempelvis nærmere land. Ofte vil det også være aktuelt å se på ringvirkninger langt fra land, slik som klimakonsekvenser og arbeidsplasser på land.

Et annet spørsmål er om kompetansen etter bestemmelsen må innskrenkes på bakgrunn av formålsbestemmelsen i havenergiloven. Havenergiloven § 1-1 oppstiller to hovedformål. Loven skal tilrettelegge for utnyttning av de fornybare ressursene til havs i tråd med «samfunnsmessige målsetjingar», og sikre at «omsynet til energiforsyning, miljø, tryggleik, næringsverksemd og andre interesser blir tekne vare på».

Jeg ser først på spørsmålet om «samfunnsmessige målsetjinger» gir noen føringer for åpningsbeslutningen. Ordet «målsetjinger» må forstås slik at det viser til mål en ønsker å oppnå. Det rommer både detaljerte planer og løsere mål, avhengig av situasjonen. Ordlyden «samfunnsmessig» viser til noe som har betydning for samfunnet

⁴⁶⁹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

⁴⁷⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

som enhet. I forarbeidene til havenergiloven gis det uttrykk for at de samfunnsmessige målsetningene må «definerast gjennom overordna politiske prioriteringar».⁴⁷¹ Ordlyden må altså tolkes innskrenkende slik at det er politisk forankrede målsetninger som er avgjørende. Denne forståelsen forsterkes av høringsnotatet som ble sendt ut med forslag om vedtakelse av havenergiloven. Under vurderingen av de økonomiske og administrative konsekvensene står det her at utbyggingens omfang vil bero på «overordnede politiske prioriteringer».⁴⁷² Uttalelsen underbygger at formålsbestemmelsen skal legge til rette for en utbygging av havvind hvor politiske signaler har betydning for tempoet i utbyggingen. Etersom åpningsbeslutningen tas av Kongen i statsråd vil imidlertid eventuelle politiske signaler av betydning måtte komme fra Stortinget. Slik sett er det mer naturlig å se åpningsbeslutningen som et uttrykk for ønsket utbygging i seg selv, som gir rammet for den senere konsesjonsprosessen.

Havenergilovens formålsbestemmelse skiller seg her fra energilovens formålsbestemmelse som skal sikre at aktiviteter hjemlet i loven foregår på en «samfunnsmessig rasjonell måte».⁴⁷³ I forarbeidene står det at bestemmelsen må forstås slik at loven skal sikre riktig ressursbruk og effektivisering av kraftmarkedet.⁴⁷⁴ Det vises også til at reglene skal fremme en «samfunnsøkonomisk riktig tilpasning i produksjon og fordeling». På bakgrunn av disse uttalelsene, legger Naas-Bibow til grunn at samfunnsøkonomiske vurderinger har en sentral plass i lovens formålsbestemmelse.⁴⁷⁵ Winge konkluderer i sin doktorgradsavhandling med at formålsbestemmelsen må tolkes som et materielt minstekrav om «overvekt av nyttevirkinger», men at energimyndighetene har et vidt skjønnsrom i denne vurderingen.⁴⁷⁶ Tilsvarende kost/nytte-vurderinger er også å finne i vannressursloven⁴⁷⁷ § 25 som sier at konsesjon bare kan

⁴⁷¹ Ot.prp. nr.107 (2008–2009) s. 79.

⁴⁷² Olje- og energidepartementet (2009) s. 17.

⁴⁷³ Energilovens § 1-2.

⁴⁷⁴ Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 83.

⁴⁷⁵ Naas-Bibow (2011) s. 25.

⁴⁷⁶ Winge (2013) s. 180–198.

⁴⁷⁷ Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).

gis hvor fordelene overstiger ulempene. Disse ressurslovene legger altså opp til et krav om overvekt av fordeler for at utbygging skal skje.

Hvorfor havenergilovens formålsbestemmelse ikke viser til tilsvarende økonomiske modeller er ikke kommentert i forarbeidene. Det kan tolkes som en erkjennelse av at havvind ved vedtakelsen av loven, og per i dag, ikke er konkurransedyktig på energimarkedet. Dette tilsier at henvisningen til politiske målsetninger åpner for en større adgang til å gi konsesjon til prosjekter som per i dag ikke vil være lønnsomme. På den andre siden kan slike hensyn også kalkuleres inn i en samfunnsøkonomisk analyse, selv om det er det kan være vanskelig å gi disse hensynene en nominell verdi.⁴⁷⁸ Det er derfor naturlig å anta at forskjellen vil ha mindre praktisk betydning, idet tiltak neppe vil iverksettes om det ikke er samfunnsøkonomisk lønnsomt etter en slik bredere vurdering. Det kan nok imidlertid ikke oppstilles en tilsvarende materiell skranke om samfunnsøkonomisk effektivitet for åpning av områder for havvind.

Videre er det et spørsmål om formålsbestemmelsens henvisning til at «miljø», «næringsverksemd» og andre interesser skal bli «tekne vare på», pålegger en forpliktelse utover den avveiningen havenergiloven § 2-2 (1).⁴⁷⁹ Ordlyden «miljø» må forstås bredt, og inkluderer ifølge forarbeidene blant annet «naturvern, biologisk mangfold, klima, kulturminne og kulturmiljø».⁴⁸⁰ Dette innebærer at ulike miljøhensyn til tider kan trekke i ulike retninger. For eksempel kan det være motsetninger mellom hensynet til naturvern på den ene siden og klima på den andre. Det vil også ofte være usikkerhet knyttet til både negative og positive miljøkonsekvenser ved et tiltak. Berørt «næringsverksæmd» kan blant annet være fiskeri, sjøfart og petroleum.⁴⁸¹ I tillegg vil dette også omfatte næringer som ikke nødvendigvis har stor tilstedeværelse i norske farvann i dag, men som kan bli viktige næringer i fremtiden. Dette gjelder særlig opprett til havs.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Eide (2018). Se også Bugge (1999) s. 85–86 om å verdsette miljøverdier.

⁴⁷⁹ Se havenergiloven § 1-1.

⁴⁸⁰ Ot.prp. nr.107 (2008–2009) s. 60.

⁴⁸¹ Fiskeri og sjøfart er eksplisitt nevnt i Ot.prp. nr.107 (2008–2009) s. 60, at det også kan oppstå utfordringer med petroleum ble blant annet diskutert i Kgl.res. av 12. juni 2020 (a) under overskriften «Tilhøvet til petroleumsutvinning».

⁴⁸² Innst. 176 L (2009–2010) s. 10.

I tillegg kommer «andre interesser». Ifølge forarbeidene omfatter dette samiske interesser, men det kan også inkludere hensyn til lokalbefolkning og andre hensyn som ikke fanges opp av listen.⁴⁸³

En særlig problemstilling er hvilken forpliktelse det ligger i at hensynet til miljø, næringsvirksomhet og andre interesser skal bli «tekne vare på» når energianlegg planlegges, bygges og disponeres, jf. havenergilvoen § 1-1. Ordlyden innebærer som et minimum at disse interessene skal vurderes og behandles i forbindelse med åpningen. Vanskeligere er det å stille opp noe materielt krav til vern av disse interessene. Forarbeidene gir ingen holdepunkter for en slik forståelse. Ordlyden kan kanskje tilsi at det i ytterste konsekvens vil kunne oppstilles et materielt krav om å skjerme enkelte interesser. Det skal nok imidlertid svært mye til. Det er også vanskelig å se at en slike terskel kan bli overtrådt ved åpningsbeslutningen, all den tid det vil være mulig å gjøre store tilpasninger på konsesjonsstadiet.

For miljøinteresser vil bestemmelsen måtte sees i sammenheng med Grunnloven § 112 og miljøprinsippene i naturmangfoldloven. Her kan det nok i større grad være grunnlag for å oppstille materielle skranker eller retningslinjer for skjønnet. Grunnlovsbestemmelsen henvisning til at «[n]aturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning» tilsier at det må se hen til positive og negative konsekvenser langt frem i tid. Høyesterett har i klimadommen gitt klart uttrykk for at Grunnloven § 112 er relevant som retningslinje for forvaltningsskjønnet.⁴⁸⁴ Samtidig mente Høyesterett at terskelen er «svært høy» for å erklære et vedtak ugyldig på bakgrunn av bestemmelsen.⁴⁸⁵ Uttalelsene forutsatte imidlertid at Stortinget hadde behandlet saken. Det er nærliggende å tro at terskelen er noe lavere hvor saken utelukkende er vedtatt av Kongen i statsråd. Det må også sees hen til prinsippene i naturmangfoldloven, slik disse er redegjort for over i kapittel 2.3. Førre-var prinsippet vil være særlig viktig for vurderingen av kunnskapshull knyttet til virkningen av vindturbiner på bunnforhold, fisk og andre organismer. Hvor det er

⁴⁸³ Ot.prp.nr.107 (2008–2009) s. 60.

⁴⁸⁴ HR-2020-2472-P premiss 138.

⁴⁸⁵ HR-2020-2472-P premiss 142.

risiko for vesentlig skade bør åpning etter bestemmelsen unngås, eller skade må forsøkes avverget på andre måter. Også prinsippet om samlet belastning og økosystemtilnærming vil kunne være retningsgivende for avgjørelsen. Her vil også angivelsen av SVOer i forvaltningsplanene, som redegjort nærmere for i kapittel 4.3.2.2, være en viktig indikator på miljøinteresser som må vurderes.⁴⁸⁶

En mer konkret begrensning er at avveiningen må ta hensyn til den strategiske konsekvensutredningen. Havenergiloven § 4-1 oppstiller kun et krav om at det skal fremkomme i begrunnelsen hvordan konsekvensutredningene er vurdert og hvilken betydning de har hatt for avgjørelsen. I forarbeidene fremkommer det imidlertid at avgjørelsen om åpning skal bygge på funnene i konsekvensutredningen.⁴⁸⁷ Et slikt krav følger også av plandirektivet artikkel 8 som sier at konsekvensutredningen og høringsuttalelser «shall be taken into account». Dette tilsier i utgangspunktet bare at konsekvensvurderingen må tas i betraktning. Konsekvensutredningen etter plandirektivet gjelder, som nevnt over, bare miljøhensyn.⁴⁸⁸ Konsekvensutredningen etter havenergiloven ønsker imidlertid å finne frem til de beste områdene, alle hensyn tatt i betraktning.⁴⁸⁹ I den gjennomførte konsekvensutredningen er områdene også rangert slik at det er tatt stilling til hvilket område som bør åpnes først.⁴⁹⁰ Dette kan tilsi at det burde stilles strengere krav til begrunnelsen der hvor Kongen i statsråd velger å åpne andre områder enn de som er foreslått av konsekvensutredningen.

Det må altså foretas en avveining av de ulike interessene som gjør seg gjeldende, herunder miljø- og næringsinteresser, utfra de opplysninger som er fremkommet i konsekvensutredningen og etterfølgende høringsrunde. Den nærmere vektingen av de ulike hensynene er opp til Kongen i statsråd som kompetent organ, og vil bero på de til enhver tid gjeldende politiske strømninger.

⁴⁸⁶ St.meld.nr.20 (2019–2020) s. 19.

⁴⁸⁷ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 81.

⁴⁸⁸ Plandirektivet artikkel 1.

⁴⁸⁹ Havenergiloven § 2-2 (2).

⁴⁹⁰ NVE (2012) s. 148 flg.

7.5 Adgang til å sette rammer for utbygging

Havenergiloven § 2-2 gir ikke klart uttrykk for at det ved beslutning om åpning av områder også kan settes vilkår og krav til den fremtidige bruken av området. Ut fra en «fra det mer til det mindre betraktning» må det imidlertid være adgang til dette all den tid regjeringen står fritt til ikke å åpne områder overhodet. At slike rammer eller krav for søknadene kan fastsettes er også forutsatt i proposisjonen.⁴⁹¹ Adgangen til å sette vilkår er særlig av betydning for miljø- og arealinteresser, da slike vilkår kan avhjelpe de ulemper som følger av aktivitetene.

Et spørsmål er om det ligger noen begrensninger på adgangen til å sette slike vilkår. Rammene som oppstilles vil som utgangspunkt ikke få direkte virkninger for konsesjonshaverne. De er derimot best forstått som instruksjer fra regjeringen til departementet som vedtar konsesjonene. At regjeringen har alminnelig adgang til å instruere departementet følger av Grunnlovens regler om Kongen i statsråd som utøvende myndighet, Grunnloven § 3 jf. §§ 27 flg., og er samtidig en naturlig følge av statsforvaltningens hierarkiske oppbygging og statsrådets rolle som leder av departementet.⁴⁹² Hvor instruksjonsmyndigheten overfor underordnede organ kan være mer tvilsomt, er regjeringens instruksjonsmyndighet overfor departementet regnet som klar.⁴⁹³ Instruksjonsmyndigheten er imidlertid begrenset av trinnhøyere normer, herunder Grunnloven og alminnelig lov. Kongen i statsråd kan med andre ord ikke fastsette vilkår for havvindsutbygging som er i strid med forutsetningene i Grunnloven, havenergiloven eller annen lov. Muligheten til å sette rammer for de åpnete områdene kan på mange måter sammenlignes med adgangen til å gi planbestemmelser i plan- og bygningsloven, selv om rettsvirkningene i dette tilfellet kanskje er noe mer avledet.⁴⁹⁴

Vilkårene kan relatere seg til ulike forhold. Det er naturlig å skille mellom krav som stilles til utlysningen og samlet belastning i området,

⁴⁹¹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

⁴⁹² Eckhoff (2018) s. 151–152.

⁴⁹³ Eckhoff (2018) s. 152.

⁴⁹⁴ Se plan- og bygningsloven §§ 11-10 og 11-11.

og instruksjoner fra regjeringen om hvilke typer vilkår som burde bli pålagt den enkelte konsesjon. I den første kategorien ligger særlig overordnede rammer for samlet bruk av området og krav til den videre prosessen. I proposisjonen er det blant annet nevnt at det kan settes tidsbegrensninger på hvor lenge områdene er åpne, det vil si i hvilken periode det kan søkes om konsesjon.⁴⁹⁵ Slike begrensninger kan ha flere formål. For det første sikrer det at områder kan vurderes på nytt med jevne mellomrom for å sikre at kunnskapsgrunnlaget for åpningen ikke er foreldet.⁴⁹⁶ For det andre kan slike tidsbegrensninger vise seg å være et nyttig virkemiddel i forbindelse med valg av prosjekter, da det vil gi aktørene insentiv til å søke innenfor en viss periode og departementet vil kunne vurdere de innkomne forslagene opp mot hverandre. Videre kan det være aktuelt med en grense for maksimal installasjon. Slike grenser ble gitt ved åpningen av Utsira Nord og Sørlege Nordsjø II, hvor grensene ble satt ved henholdsvis 1 500 MW og 3 000 MW. I proposisjonen ble fastsettelsen av slike grenser begrunnet med forutsigbarhet for andre interesser angående utbyggingsomfang.⁴⁹⁷

Den andre kategoriene gjelder som nevnt vilkår departementet burde pålegge konsesjonærene. Disse kan gjelde generelt i hele området eller for særlige deler av et område. I forarbeidene gis det uttrykk for at det kan være aktuelt å sette krav til teknologivalg.⁴⁹⁸ Det enkleste å forestille seg her er at det stilles krav om at et spesielt område skal benyttes til flytende havvind, enten fordi dette vil medføre mindre inngrep på havbunnen eller at man ønsker å fremme utviklingen av slik teknologi. Men det kan også tenkes at det på sikt, ettersom teknologien blir mer utviklet, kan stilles mer spesifiserte krav til teknologien. En siste form for rammer som kan tenkes er at det gis anvisning på særlige arealer innenfor et område hvor det ikke skal gis konsesjon eller hvor konsesjon bare kan gis på særlige vilkår. Dette vil typisk være aktuelt hvor utbygging kan ramme andre

⁴⁹⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

⁴⁹⁶ Dette poenget ble trukket frem av Miljøverndepartementet i høringsrunden, og fikk tilslutning fra departementet, se Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 63–64.

⁴⁹⁷ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b) s. 19.

⁴⁹⁸ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

næringsinteresser eller miljø. Slike rammer ble benyttet ved åpningen av Utsira Nord og Sørlege Nordsjø II.⁴⁹⁹ For Utsira Nord ble vedtatt at konsesjon ikke kan gis i Forsvarets øvingsfelt og at konsesjon ikke skal påvirke sjøtrykkggheten negativt. For Sørlege Nordsjø II ble det påpekt at det ikke kan gis konsesjon hvor det er gitt utvinningstillatelse for petroleum. Dette er naturlig sett hen til vurderingen av forholdet mellom de to tillatelsene i pkt. 5.2. At tilsvarende krav ikke er gitt for Utsira Nord skyldes nok at det ikke er petroleumsvirksomhet i området.⁵⁰⁰ I begge områder må konsesjonæren regne med særlige vilkår ved aktivitet i særlig verdifulle og sårbare områder.⁵⁰¹ Dette gir departementet en særlig oppfordring til å sette ytterligere vilkår i slike tilfeller, men overlater fortsatt et stort skjønnsrom til departementet hva gjelder vilkårenes innhold.

Adgangen til å sette rammer for de fremtidige konsesjonene er altså et viktig styringsverktøy. At slike rammer settes i forbindelse med åpning av områdene, og ikke bare i konsesjonen, øker også forutberegneligheten for alle involverte parter. Vilkårene i første åpningsrunde er relativt generelle og gir få begrensninger på havvindutbyggingen utover det man kunne forvente. Det må imidlertid antas at dette kan bli et viktigere verktøy etter hvert som man får mer kunnskap om havvind og dermed ha større kunnskapsgrunnlag til å sette målrettede rammer på et tidlig tidspunkt.

⁴⁹⁹ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b) s. 26 og 27.

⁵⁰⁰ NVE (2012) s. 112.

⁵⁰¹ Kgl.res. av 12. juni 2020 (b) s. 27.

8 Samlet vurdering av reglene om åpning av områder

Prosessen med åpning av områder er nok inspirert av petroleumsloven, men reglene er ikke identiske. Før områder kan åpnes må det foretas en prosess med å finne aktuelle områder. Denne prosessen er ikke lovfestet, noe som kan tyde på at prosessen vil kunne endre seg etter hvert som departementet opparbeider seg erfaringer. Det er imidlertid svært viktig at andre interesser får anledning til å delta i denne prosessen.

Konsekvensutredningen av de aktuelle områdene skal skje etter plandirektivets regler. Direktivet oppstiller ikke like stringente krav til innhold som tiltaksdirektivet, men gir fortsatt nærmere retningslinjer om hva som skal vurderes. Plandirektivet artikkel 5 oppstiller en relativt omfattende liste over krav til utredningen, men disse gjelder bare i den grad det er rimelig sett hen til blant annet informasjonstilfanget og hvor man er i utredningsprosessen. Høyesterett har i Klimadommen gått relativt langt i å prøve denne vurderingen. Manglende gjennomføring av plandirektivet i havenergiloventen skaper imidlertid uforutsigbarhet for øvrige aktører og gjør det vanskeligere å stadfeste hvilke krav som gjelder. Åpningsbeslutningens gyldighet kan vurderes prejudisielt i en sak om gyldigheten av konsesjon. I et slikt tilfelle vil saksbehandlingsfeil kunne bli viktige. Hvor det er mangler ved konsekvensutredningen følger det av EU-domstolens avgjørelser at dette må føre til at vedtaket blir ugyldig. Norsk rett virker imidlertid ikke å ha tatt dette inn over seg.

Selve avgjørelsen om områder skal åpnes ligger til Kongen i statsråd. Beslutningen har en noe svakere demokratisk forankring enn det som er tilfellet for petroleum, som legges frem for Stortinget. Avgjørelsen om åpning er i all hovedsak en politisk beslutning, men det skal tas hensyn til konsekvensutredningens innhold og bestemmelser i norsk rett som regulerer forholdet til miljø i slike avveininger. Ved åpningen kan det stilles krav for den videre konsesjonsprosessen. Dette gir muligheter til å sikre øvrige interesser, men gir også en forutberegnelighet for utbyggere i forkant av konsesjonsprosessen.

Samlet sett oppstiller havenergiloven, med henvisning til plandirektivet, en rekke saksbehandlingskrav som er egnet til å styrke sameksistensen mellom aktørene og interessene til sjøs. Innføringen av krav om åpning, i seg selv, medfører at forvaltningen har en mulighet til å finne frem til de områdene hvor havvind har minst negative konsekvenser. Samtidig medfører dette at det blir særlig viktig med tidlig involvering av berørte parter. Arealavgrensningen og konsekvensutredningen gir adgang til dette, men her er det ønskelig med ytterligere krav i forskrift. I selve beslutningen oppstilles det derimot ikke noen klare materielle skranker for når åpning ikke skal skje. Dette medfører at de andre aktører til sjøs vanskelig kan nå frem hvor en fra politisk hold har bestemt seg.

9 Havvind utenfor områder åpnet for konsesjon?

9.1 Innledning

Analysen over viser at lovgiver har lagt opp til en ovenfra-og-ned-regulering av havvind. Det er statens ansvar å undersøke hvilke områder som egner seg best til etablering, for så å gjøre disse områdene tilgjengelig for utbyggerne. En slik løsning gir gode muligheter til å innhente informasjon om berørte interesser og sikre de på best mulig måte. Likevel er det slik at et av de mest omtalte norske havvindsprosjektene, Hywind Tampen, ikke ligger innenfor områdene som nå er åpnet og heller ikke innenfor områdene som er vurdert i den strategiske konsekvensutredningen.⁵⁰² Prosjektet består av 11 flytende vindturbiner plassert mellom petroleumsinstallasjonene Snorre og Gullfaks.⁵⁰³ Det reiser spørsmål om adgangen til å opprette vindkraftanlegg til havs utenfor de åpnete områdene.

9.2 Oversikt over unntakshjemplene og veien videre

Havenergiloven har to bestemmelser som kan tenkes å gi unntak fra kravet om åpning av område før individuell tillatelse. Etter lovens § 2-2 (4) kan departementet gjøre unntak fra reglene i «særskilte tilfelle». Etter havenergiloven § 1-2 (6) gis departementet kompetanse til, i forskrift eller enkelttilfelle, å «avgrense bruken av heile eller delar av denne lova når det gjeld innretningar, formål eller verksemder til havs omfatta av anna lov». Etter ordlyden kan denne bestemmelsen også tilsynelatende gi unntak fra havenergiloven § 2-2 om åpning av områder. Begge bestemmelsene er i forarbeidene vist til som særlig relevant ved elektrifisering av petroleumsvirksomhet, selv om unntakene også kan benyttes for andre forhold.⁵⁰⁴

⁵⁰² Hywind Tampen (2018) s. 3.

⁵⁰³ Hywind Tampen (2018) s. 3.

⁵⁰⁴ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 79 og 80.

Ved å gi tillatelse til bygging av havenergianlegg utenfor åpnete områder, mister en de verktøyene som strategisk og overordnet planlegging gir til vurdere sameksistens mellom ulike næringer og belastning for miljøet på et overordnet nivå. Fraværet av slike ordninger må da også antas å svekke de berørte interessers mulighet til å ha innvirkning på avgjørelsen. Av denne grunn er det interessant å vurdere hvor vid adgangen til å gi unntak er. Interessen forsterkes av at flere forhold gjør havvind i tilkobling til petroleum særlig aktuelt. Stadig strengere klimakrav øker behovet for grønn energi til petroleumsvirksomhet.⁵⁰⁵ Det er også skattefordeler som gjør at havvind i tilknytning til petroleum kan være mer lønnsomt for aktørene.⁵⁰⁶ Hovedvekten av vurderingen nedenfor vil derfor gjelde muligheten til å gjøre unntak for anlegg som skal tilknyttes petroleumindustrien. Jeg vil også redegjøre kort for hvordan vindturbiner kan vedtas etter petroleumsløven.

9.3 Havenergiløven § 2-2 (4): Unntak fra reglene om åpning av område

Havenergiløven § 2-2 (4) gjelder unntak fra kravet til åpning av område i forkant av konsesjon og lyder i sin helhet:

«Departementet kan gjøre unntak frå reglane om opning av areal i særskilte tilfelle»

I første omgang er det et spørsmål hva slags regler bestemmelsen gir adgang til å gjøre unntak fra. Bestemmelsen er en del av havenergiløven § 2-2, og knytter seg direkte til reglene om åpning av områder. Den gir dermed ikke adgang til unntak fra andre bestemmelser i havenergiløven. For det tilfellet at unntak gis, vil selve konsesjonssøknaden fortsatt måtte behandles etter havenergiløvens kapittel 3.⁵⁰⁷ Hvilke krav som stilles til

⁵⁰⁵ Meld. St. 13 (2020–2021) s. 163–166.

⁵⁰⁶ Det er mulig å tolke petroleumsskatteløven slik at havvinnanlegg tilknyttet petroleum omfattes av disse særordningene, se petroleumsskatteløven § 1 om «dertil knyttet virksomhet» og Dokument nr. 15:272 (2020–2021).

⁵⁰⁷ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

konsesjonsbehandlingen er redegjort for over i kapittel 3.5. Kompetansen til å gjøre unntak ligger etter bestemmelsen hos departementet. Dette innebærer at prosjekt som gis unntak, ikke på noe tidspunkt behandles av Kongen i statsråd, ettersom kompetansen til å gi konsesjon etter kapittel 3 også ligger til departementet, se havenergiloven § 3-1 (1).

Videre er det et spørsmål i hvilke tilfeller bestemmelsen gir grunnlag for unntak. Ordlyden «særskilte tilfelle» tilsier at det må foreligge en situasjon som er spesiell eller skiller seg fra det normale. Ordlyden i seg selv gir ikke direkte uttrykk for at vindparkens størrelse er av betydning for vurderingen. Havenergilovens formål og hensynene bak utgangspunktet om åpning av område, taler imidlertid for at svært store anlegg ikke kan vedtas etter denne bestemmelsen. Etter havenergiloven § 1-1 skal utbygging skje slik at «omsynet til energiforsyning, miljø, tryggleik, næringsverksemd og andre interesser blir tekne vare på». Det er derfor betenkelig å gi unntak etter havenergiloven § 2-2 (4) som får omfattende konsekvenser for disse interessene.

Av forarbeidene følger det at unntaket må forstås «snevert».⁵⁰⁸ Som eksempel på tilfeller hvor det kan være aktuelt å gi unntak viser forarbeidene til «testprosjekt som enkeltstående innretningar med avgrensa levetid» og «mindre anlegg som er forsyningsanlegg til petroleumsinstallasjonar».⁵⁰⁹ At unntaket må forstås snevert understrekes av at departementet ikke ga etter for høringsinstanser som ønsket å inkludere «demonstrasjons-parkar av ein viss storleik med normal levetid» eller «mindre anlegg utan særleg avgrensing i tid».⁵¹⁰ Forarbeidene gir også uttrykk for at «store produksjonsanlegg» ikke vil vurderes etter bestemmelsen. Dette vil altså ikke være adgang til å gi unntak for mindre produksjonsanlegg som ikke er testprosjekt eller tilknyttet petroleumsvirksomhet. Videre virker det å være mulighet for noe større anlegg til forsyning av petroleum enn hva som tillates for testprosjekter, ettersom det her ikke vises til tidsbegrensninger og «enkelstående innretningar». Heller ikke denne typen prosjekter kan imidlertid være av betydelig størrelse.

⁵⁰⁸ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

⁵⁰⁹ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 64 og 80.

⁵¹⁰ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 63–64.

I etterarbeider har bestemmelsen blitt omtalt noe annerledes. I Prop. 1 S (2017–2018) uttales det at bestemmelsen må forstås slik at den gir et «stort rom for å nytte skjønn». ⁵¹¹ Dette stemmer ikke overens med forarbeidenes uttalelse om et «snevert» unntak. Dette reiser spørsmål om etterarbeidene gir uttrykk for en videre forståelse av bestemmelsen enn forarbeidene, og hva dette eventuelt vil ha å si. Uttalelsene er knyttet til forsyning av elektrisitet til petroleumsvirksomhet. Det uttales videre at:

«Ein må gå ut frå at opning av areal ikkje er praktisk for anlegg som er meint til forsyning av petroleumsinstallasjonar, av di slik anlegg må utviklast i nært samarbeid med petroleumsaktøren og leggest nært det som skal forsynast. Førearbeida til havenergilova er difor klare på at mindre anlegg som er forsyningsanlegg til petroleumsinstallasjonar kan gjevast unntak frå opning av areal. Det er ikkje grunnlag for å slå fast ei absolutt grense for kva som kan reknast å komme inn under unntaksregelen om særskilte tilfelle. Departementet meiner at eit vindkraftverk kan få unntak dersom det kan gje eit bidrag av ein slik storleik at det vesentleg reduserer behovet for gassturbinar i kontinuerleg drift. Gassturbinar som er i drift i dag på norsk sokkel er på opp til om lag 40 MW. Det er heller ikkje klart kva som er ei så stor utbygging at det openbert må gjerast ei opning av område før ein konsesjonsøknad kan vurderast. Departementet merkar seg at dei vindkraftprosjekta som vart sett i drift til havs i Nordsjøen i gjennomsnitt var på nær 400 MW i 2016.» ⁵¹²

Slike uttalelser i etterarbeider har som utgangspunkt svært lav rettskildemessig vekt, men det er likevel av interesse å se hvordan disse uttalelsene harmonerer med uttalelsene i forarbeidene. Uttalelsen viser klart til § 2-2 (4), men legger ved første øyekast opp til et større skjønnsrom for departementet, enn det som følger av forarbeidene. Det er imidlertid nødvendig å se nærmere på uttalelsene. Departementet viser til at et prosjekt av «ein slik storleik at det vesentleg reduserer behovet for gassturbinar i kontinuerleg drift» kan omfattes og at gassturbiner normalt

⁵¹¹ Prop 1 S (2017–2018) s. 162–163.

⁵¹² Prop 1 S (2017–2018) s. 163.

har en kapasitet på 40MW.⁵¹³ Til sammenligning antas Hywind tampen, med sine 11 vindmøller, å få en samlet kapasitet på 88 MW.⁵¹⁴ Det vil derfor kreve rundt 5 vindmøller av den størrelsen som benyttes i Hywind Tampen til å kompensere for en gassturbin. Selv om departementet i ord gir uttrykk for et videre skjønnsrom enn forarbeidene, er nok ikke 5 vindmøller langt fra forarbeidenes uttalelser om «mindre anlegg».⁵¹⁵ Hvor det er snakk om større petroleumsinstallasjoner med flere gassturbiner, eller flere petroleumsinstallasjoner som skal få levert strøm fra samme vindturbinpark er det vanskeligere å se for seg at dette kan gjøres etter unntaket i havenergiloven § 2-2 (4).

Uttalelsene om at det ikke er «klart kva som er ei så stor utbygging at det openbert må gjerast ei opning av område» er mer tvilsomme.⁵¹⁶ Henvisningen til den gjennomsnittlige størrelsen på vindkraftprosjektene i Nordsjøen gir neppe noe særlig veiledning hva gjelder størrelsen på anlegg som kan tillates etter havenergiloven § 2-2 (4). Sett i lys av forarbeidenes uttalelser vil et anlegg måtte være vesentlig mindre enn de gjennomsnittlige prosjektene for å kunne gjennomføres uten åpning av område.⁵¹⁷ Utover dette er det naturlig å forstå bestemmelsens ordlyd slik at den til en viss grad er relativ. Hva som er spesielt på et gitt tidspunkt vil avhenge av hvilke innretninger som er vanlige. Kommer en til et tidspunkt hvor havvind er vanligere i Norge, kan det derfor tenkes at grensen for hva som omfattes av bestemmelsen vil utvides. På den andre siden vil det i et slikt tilfelle være enda viktigere med god planlegging for å sikre sameksistens mellom næringene.

Forvaltningspraksis gir begrenset veiledning. Før havenergiloven ble vedtatt hadde NVE som praksis å vurdere også prosjekter utenfor grunnlinjen etter reglene i energiloven, til tross for at denne loven kun gjelder til grunnlinjen.⁵¹⁸ Disse avgjørelsene følger altså et annet regelsett

⁵¹³ Prop 1 S (2017–2018) s. 163.

⁵¹⁴ Hywind Tampen (2019) s. 13.

⁵¹⁵ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 64.

⁵¹⁶ Prop 1 S (2017–2018) s. 163.

⁵¹⁷ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 64.

⁵¹⁸ Se eksempelvis Havsul I – Vedtak (2008).

og uttalelser i disse avgjørelsene er ikke behjelpelige i fastsettelsen av grensene i havenergiloven § 2-2 (4). Ved vedtakelsen av Hywind Tampen har departementet i stedet gjort unntak fra loven etter § 1-2 (6), som vurderes nedenfor, men dette kan ikke nødvendigvis tolkes som en erkjennelse av at anlegget var for stort til å få unntak etter havenergiloven § 2-2 (4).⁵¹⁹

Oppsummert tilsier altså lovens formål, forarbeidsuttalelsene og den foreløpig svake utbyggingen av havvind i Norge at det ikke kan gis unntak for havvindparker tilknyttet petroleum, med mindre disse er av svært begrenset størrelse og vesentlig mindre enn gjennomsnittlige anlegg. For demonstrasjonsprosjekt må prosjektene være enda mindre omfattende og av kortere varighet.

Hvor vilkåret om «særskilt tilfelle» i bestemmelsen er oppfylt, «kan» departementet gi unntak.⁵²⁰ Dette reiser spørsmål om departementets kompetanse til å vurdere unntak innenfor ordlyden av hjemmelen. Formuleringen er vanlig i forvaltningsrettslige kompetansehemler, men ordet er tvetydig og betyr ikke nødvendigvis det samme i enhver sammenheng.⁵²¹ Noen ganger kan slike bestemmelser gi forvaltningen frihet til å velge, men dette er ikke alltid tilfelle. Det må derfor foretas en konkret tolkning.⁵²² Bestemmelsen om unntak for åpning av område gir i seg selv lite veiledning. I forarbeidene uttales det at «[d]en konkrete vurderinga av om eit demonstrasjonsanlegg kan få unntak frå reglane om opning og på kva vilkår, må tas i det enkelte tilfelle».⁵²³ At forarbeidene viser til at forvaltningen kan oppstille vilkår for unntak, kan tale for at forvaltningen har en frihet utover vurderingen av «særskilte tilfelle». Etter vilkårs læren er det ikke anledning til å fastsette vilkår for lovbundne rettigheter etter loven.⁵²⁴ Når forarbeidene forutsetter at det kan fastsettes vilkår taler derfor dette for at avgjørelsen er opp til forvaltningens skjønn. Det er ingen særlige holdepunkter som tilsier et annet resultat.

⁵¹⁹ Hywind Tampen (2018) s. 5.

⁵²⁰ Havenergiloven § 2-2 (4).

⁵²¹ Eckhoff (2018) s. 377–378.

⁵²² Eckhoff (2018) s. 373 og 378.

⁵²³ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 64.

⁵²⁴ Eckhoff (2018) s. 416.

Bruken av «kan» i bestemmelsen må derfor forstås slik at den gir et fritt skjønn til forvaltningen. Samtidig vil det nok et slikt tilfelle kunne være vanskelig å avgjøre hvor vurderingen av «særskilte tilfelle» slutter og hvor «kan»-skjønnet begynner.⁵²⁵

9.4 Havenergiloven § 1-2 (6): Tilsidesettelse av loven når tiltak omfattes av annen lov

En annen mulig unntaksbestemmelse finnes som nevnt i havenergiloven § 1-2 (6). Bestemmelsen gir adgang til å avgrense bruken av havenergiloven helt eller delvis, i enkelttilfeller eller gjennom forskrift, hvor tiltaket gjelder «innretningar, formål eller verksemdar til havs omfatta av anna lov». Myndigheten til å fatte vedtak om dette er i forskrift delegert fra Kongen til Olje- og energidepartementet.⁵²⁶ I forarbeidene gis det uttrykk for at bestemmelsen er mest aktuell ved «energianlegg som utgjør ein integrert del av petroleumsverksemda, skipsfart eller tilsvarande».⁵²⁷ Det er også denne bestemmelsen Hywind Tampen er behandlet etter.⁵²⁸ Drøftelsen vil derfor ha petroleumssituasjonen som utgangspunkt. I det videre drøfter jeg i hvilke tilfeller det er aktuelt å benytte bestemmelsen.

Bestemmelsen gir vide fullmakter til departementet. At kompetansen gjelder både ved enkelttilfeller og generelt gjennom forskrift innebærer at departementet kan tilpasse lovverket til det enkelte prosjektet.⁵²⁹ Dette skaper fleksibilitet. Samtidig gir det liten forutsigbarhet for utenforstående. Departementets vide skjønns hjemmel forsterkes av at loven kan tilsidesettes både helt og delvis.⁵³⁰ Dette kan fasilitere en løsning som den som følger av unntaket i § 2-2, hvor det ikke kreves åpning av område

⁵²⁵ At slike vurderinger ofte går inn i hverandre kan illustreres av Rt. 2007 s. 257 premiss 35, hvor domstolen ikke sammenhengen mellom kan-skjønnet og vilkåret om «særlige grunner» var så sammenflettet at begge ble omfattet av det frie skjønn.

⁵²⁶ Forskrift 28. februar 2020 nr. 198 Delegering av Kongens myndighet etter havenergilova til Olje- og energidepartementet.

⁵²⁷ Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) s. 80.

⁵²⁸ Hywind Tampen (2018) s. 5.

⁵²⁹ Havenergiloven § 1-2 (6).

⁵³⁰ Havenergiloven § 1-2 (6).

men hvor den individuelle søknaden behandles etter havenergilovens kapittel 3. Bestemmelsen kan imidlertid også benyttes slik at anlegget i sin helhet behandles etter petroleumsloven. Et eksempel på at dette kan skape frustrasjon finnes i konsekvensutredningen til plan for utbygging og drift (PUD) for Hywind tampen, hvor flere høringsinstanser ga uttrykk for usikkerhet hva gjelder hvilket regelverk som gjaldt.⁵³¹

Hvilke tiltak som videre kan behandles etter bestemmelsen beror på en tolkning av «innretningar, formål eller verksemder til havs omfatta av anna lov».⁵³² Ordlyden «innretningar, formål eller verksemder» beskriver tilknytningen loven må ha til havvind og favner svært vidt. Det er noe uklart hvilken betydning formål og virksomheter har ved siden av innretninger som vil omfatte de fleste aktiviteter som i utgangspunktet reguleres av havenergiloven. Hva som omfattes av «anna lov» må vurderes ut fra av den aktuelle loven. Petroleumsloven gjelder for «petroleumsvirksomhet», jf. petroleumsloven § 1-4(1). Petroleumsvirksomhet er definert i petroleumsloven § 1-6 c) som

«all virksomhet knyttet til undersjøiske petroleumsforekomster, herunder undersøkelse, leteboring, utvinning, transport, utnyttelse og avslutning samt planlegging av slike aktiviteter, likevel ikke transport av petroleum i bulk med skip».

I dag benyttes stort sett gassturbiner til energiforsyning av petroleumsplattformer. Som et nødvendig komponent for utvinningen vil nok dette omfattes av definisjonen. Det må derfor også antas at havenergiinstallasjoner som yter samme funksjon vil kunne behandles etter petroleumsloven.

Dette reiser spørsmål om havenergiloven § 1-2 (6), sett i sammenheng med petroleumsloven § 1-6 c), legger noen begrensning på størrelsen av installasjoner som kan omfattes. Hverken havenergiloven § 1-2 (6) eller forarbeidene oppstiller noen begrensninger med tanke på størrelse tilsvarende det som gjelder for havenergiloven § 2-2 (4). Dette fremstår som en inkonsistens i regelverket. Forholdet mellom de to bestemmelsene

⁵³¹ Hywind Tampen (2019) oppsummering av innsigelser fra Norges Fiskarlag s. 98 og Pelagisk Forening s. 103.

⁵³² Havenergiloven § 1-2 (6).

er heller ikke vurdert i forarbeidene. En mulig tolkning kunne vært at havenergiloven § 2-2 (4) er *lex specialis* og at det derfor ikke kan derogeres fra havenergiloven § 2-2(1) om åpning av områder i større utstrekning enn det som følger av havenergiloven § 2-2 (4). Dette er imidlertid ikke forenelig med ordlyden i havenergiloven § 1-2 (6) og det foreligger ingen øvrige holdepunkter for en slik tolkning. At bestemmelsene til dels kan ha forskjellige rettsvirkninger taler også mot dette.

En mulig begrensning kan ligge i at havenergiloven § 1-2 (6) viser til virksomhet som er omfattet av annen lov. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt bestemmelsen kan benyttes hvor energiproduksjonen overgår energibehovet til de tilkoblede petroleumsinstallasjonene. Det er naturlig å anta at så lenge vindmøllene utelukkende produserer strøm for petroleumsaktivitet, vil installasjonene omfattes. Dersom anleggene også produserer strøm for transport til fastlandet, vil det vanskeligere kunne anses som del av petroleumsvirksomhet. Hensynet til en hensiktsmessig og fleksibel forvaltning og ressursutnyttelse tilsier imidlertid at ikke enhver overføring er tilstrekkelig. Dette forsterkes av at energi er ferskvare og ikke kan lagres. En mulighet til å ilandføre overflødig energi til fastlandet vil derfor kunne være samfunnsøkonomisk gunstig. Hvor tilknytningen til petroleumsvirksomheten er tilnærmet illusorisk burde imidlertid bestemmelsene i havenergiloven benyttes.

Innenfor disse begrensningene er det, tilsvarende som for havenergiloven § 2-2 (4), lagt til departementets «kan»-skjønn å beslutte om havvindanlegget skal reguleres av havenergiloven eller petroleumsloven, eventuelt en kombinasjon.⁵³³ Også her må det foretas en tolkning av «kan»-skjønnen, se over i pkt. 9.3. Et særlig forhold av betydning i denne sammenheng er at havenergiloven § 1-2 (6) gir kompetanse til å fatte avgjørelsen både i enkelttilfeller og gjennom forskrift. Det er en generell presumpsjon om at hvor departementet gir kompetanse til å gi generelle bestemmelser i forskrift, kan dette ikke tolkes som en plikt til å benytte den.⁵³⁴ Det er ingen særlige forhold som taler mot en slik tolkning. Det er

⁵³³ Havenergiloven §1-2 (6).

⁵³⁴ Eckhoff (2018) s. 377.

dermed opp til departementets skjønn om de vil benytte seg av bestemmelsen.

Departementet har altså vid kompetanse til å fatte vedtak om havvind etter andre lovverk, likevel slik at det nok ikke kan gis tillatelse hvor tilknytningen til petroleum ikke er betydelig.

9.4.1 Kort om behandling av havvindinstallasjoner etter petroleumsløven

Drøftelsen over viser at havenergiløven § 1-2 (6) gir hjemmel til å behandle havvind etter petroleumsløven. Spørsmålet er dermed hvordan et slikt anlegg eventuelt vil bli behandlet etter petroleumsløven. I det følgende vil jeg redegjøre kort for gangen i petroleumregelverket og undersøke hvordan havvind kan innpasses i dette.

Havenergiløven er delvis utviklet med petroleumsløven som modell. Dette innebærer at lovene i stor grad legger opp til samme type konsekusjonssystem. Dette viser seg først og fremst i petroleumsløven § 3-1 som, på lik linje med havenergil. § 2-2, gir uttrykk for at aktuelle områder må åpnes før utvinningstillatelse kan gis etter lovens § 3-3.

Etter at et området er åpnet, kan Kongen i statsråd tildele undersøkelsestillatelse eller utvinningstillatelse etter henholdsvis petroleumsløven § 2-1 og 3-3. Undersøkelsestillatelsen gir kun rett til å søke etter petroleum og denne retten er ikke eksklusiv, jf. petroleumsløven § 2-1. Utvinningstillatelsen gir «enerett til undersøkelse, leteboring og utvinning av petroleumforekomster på områder som omfattes av tillatelsen», jf. § 3-3 (3). Den som tildeles utvinningstillatelse blir også eier av petroleum som produseres etter samme bestemmelse. Eneretten til utvinning er i juridisk teori antatt å ha en positiv og en negativ side, ved at den sikrer rettighetshaveren retten til å utvinne petroleum og samtidig hindrer andre i å gjøre det samme. Den positive rettigheten er imidlertid av betinget karakter, idet den forutsetter at rettighetshaveren også har fått godkjent mer detaljerte planer for utvinningen.⁵³⁵ Det er ikke naturlig å vurdere energibehovet, og mulig vindkraft, hverken ved

⁵³⁵ Hammer (2012) Kommentar til § 3-3 pkt. 6.4.

åpning av området etter petroleumsloven, ved undersøkelsestillatelse eller utvinningstillatelse. På disse tidspunktene er det ikke klart om petroleumsinstallasjon skal bygges og hvor denne vil plasseres.

I etterkant av oppnådd utvinningstillatelse, skal rettighetshaveren forelegge en plan for utbygging og drift (PUD) av petroleumsforekomsten, jf. petroleumsloven § 4-2. Også endringer av tidligere plan må godkjennes, jf. syvende ledd. Planen skal litt upresist forklare hvordan petroleumen skal utvinnes og hvilke installasjoner og innretninger som skal benyttes. Hvordan virksomheten skal få elektrisitet går naturlig inn i denne planen. Det er derfor først på dette stadiet det vil være aktuelt å vurdere oppføring av vindturbiner. For allerede eksisterende petroleumsinstallasjoner vil havvind kunne vedtas gjennom en endring av PUD.

Spørsmålet blir så hvilke krav som stilles til PUD etter petroleumsloven. Planen skal blant annet inneholde «en beskrivelse av økonomiske, ressursmessige, tekniske, sikkerhetsmessige, nærings- og miljømessige forhold samt opplysninger om hvordan en innretning vil kunne disponeres ved avslutning av petroleumsvirksomheten.», jf. petroleumsloven § 4-2 (2). En nærmere redegjørelse av hva planen skal inneholde følger av petroleumsforskriften § 20 flg. Her presiseres det at planen skal bestå av en beskrivelse av utbyggingen, og en konsekvensutredning. Disse vil i det følgende omtales som utbyggingsdelen og konsekvensutredningsdelen.⁵³⁶ Utbyggingsdelen skal inneholde en beskrivelse av utbyggingsløsning, tekniske løsninger og andre forhold som er av betydning for ressursforvaltningen, jf. petroleumsforskriften § 21. Planen skal også redegjøres for de kriterier som ligger til grunn for valg av løsning, ettersom departementet kan kreve alternative løsninger utredet, jf. petroleumsforskriften § 21 (3).

Konsekvensutredningsdelen er nærmere regulert i forskriftens § 22 til 22c, som er ment å oppfylle EUs tiltaksdirektiv.⁵³⁷ Rettighetshaver skal utarbeide forslag til utredningsprogram som sendes ut på høring, jf. forskriftens § 22. På bakgrunn av utredningsprogrammet skal det foretas en konsekvensutredning som redegjør for «næringsmessige forhold og miljømessige forhold, herunder forebyggende og avbøtende

⁵³⁶ I tråd med begrepsbruken i Hammer (2012) Kommentar til § 4-2 pkt. 3.1.

⁵³⁷ Hammer (2012) Kommentar til § 4-2 pkt. 3.3.

tiltak», jf. forskriftens § 22a. Bestemmelsen lister opp en rekke nærmere forhold som må vurderes. Listen er ikke like omfattende som den som følger av ny forskrift til havenergilovent § 6. Den nevner eksempelvis ikke fiskerinæring, samisk natur og kulturgrunnlagrisiko, forsvarsinteresser og skipstrafikk som egne forhold som må vurderes. Betydningen av dette minkes likevel av at departementet kan innta dette som del av utredningsprogrammet, jf. petroleumsforskriften § 22 (3). Veilederen for utforming av PUD legger også opp til at slike forhold må vurderes.⁵³⁸ Konsekvensutredningen skal sendes ut på høring etter forskriftens § 22a fjerde ledd. Det er ingen holdepunkter for å si at havvindutbygging vil utredes dårligere på tiltaksstadiet etter petroleumslovgivningen, enn etter havenergilovgivningen. Imidlertid vil ikke områdene ha vært vurdert for havvind på et tidligere tidspunkt, og dette må få konsekvenser for de vurderingene som gjøres på tiltaksstadiet.

Etter petroleumsloven § 4-2 er det departementet som har kompetanse til å godkjenne planen. Imidlertid vil planene som hovedregel også måtte behandles av Kongen i statsråd.⁵³⁹ For enkelte prosjekter kreves også godkjenning fra Stortinget.⁵⁴⁰ Av denne grunn er det heller ikke reell adgang til å klage på godkjenning av PUD. Dette innebærer at utredning av konsekvenser og høring av berørte interesser blir særlig viktige i forkant av godkjenningen.

Et siste spørsmål er hvor fritt myndighetene står til å nekte godkjenning av PUD, og hvordan dette påvirker godkjenning av havvindmøller som del av PUD. Det har i juridisk teori vært antatt at godkjenning av PUD som utgangspunkt ikke kan nektes med den begrunnelse at man ikke lenger ønsker petroleumsutvinning i området.⁵⁴¹ Det må i så fall skje gjennom omgjøring av utvinningstillatelsen. Vurderingstemaet ved godkjenning av PUD er i stedet hvordan utbyggingen skal utformes og utvinningen skal skje.⁵⁴² Høyesterett ser imidlertid ut til å ha tatt

⁵³⁸ Olje- og energidepartementet (2017) s. 23–25.

⁵³⁹ Hammer (2012) Kommentar til § 4-2 pkt. 2.1.

⁵⁴⁰ Prop. 1 S (2018–2019) s. 168.

⁵⁴¹ Hammer (2012) Kommentar til § 4-2 pkt. 1.4, se også Lervåg (2008) s. 24–44.

⁵⁴² Lervåg (2008) s. 44.

avstand fra en slik forståelse av PUD-godkjenningen i sin avgjørelse i klimasøksmålet. Flertallet går langt i å si at departementet kan nekte godkjenning av PUD, med den begrunnelse at det ikke skal utvinnes olje i området.⁵⁴³ Høyesterett virker altså å utvide departementets kompetanse her sammenlignet med antatt rettstilstand. Ettersom havvind, som en del av utformingen av petroleumsinstallasjonen, må kunne nektes etter tidligere rettstilstand også vil nok ikke dette ha betydning for havvind. Myndighetene har også en adgang til å sette vilkår og krav til hvordan utvinningen skal skje, innenfor rammene av vilkårlæren, som må gjelde tilsvarende for havvinddelen.⁵⁴⁴

9.5 Samlet vurdering av unntakshjemlene

Adgangen til å gjøre unntak fra kravet om åpning av områder ved installasjoner i tilknytning til petroleum reiser en rekke spørsmål. Lovgiver har ønsket en særlig ordning for petroleumsinstallasjoner. Dette har grunnlag både i et ønske om elektrifisering av sokkelen og en erkjennelse av at slik utbygging vil måtte skje i samarbeid med den som har utvinningstilatelset. Dette innebærer likevel at man ikke får de brede vurderingene av plassering som åpning av områder og konsekvensutredning fasiliteter. I forarbeidene er det understreket at fremgangsmåten i havenergiloven er valgt for å sikre statlig kontroll, helhetlig og langsiktig planlegging og medvirkning fra berørte grupper i en tidlig fase.⁵⁴⁵ Disse hensynene vil ikke bli ivare tatt på samme måte gjennom unntakene. I tillegg gir unntakene, slik de er utformet i dag, departementet er stort skjønnsrom

⁵⁴³ HR-2020-2472-P premiss 219-223. I avgjørelsen viser de blant annet til en uttalelse i Ot. prp. nr. 43 (1995–1996) s. 43 som førstvoterende mener «understreker at løyvehaveren ikke har rettskrav på godkjenning av PUD». Høyesterett siterer ikke uttalelsen, men det må etter alt å dømme være uttalelsen i tilknytning til spørsmål om samtykke til kontraktsinngåelse hvor forarbeidene sier at bestemmelsen krever at «kontrakter som tillates inngått ikke setter myndighetene i en tvangssituasjon i forhold til godkjenningen» av planen. Dette er imidlertid ikke det samme som at departementet står fritt til å nekte å godkjenne. Det kan av denne grunn stilles spørsmålstegn ved Høyesteretts rettsanvendelse her.

⁵⁴⁴ Hammer (2012) Kommentar til § 4.2 pkt. 1.4.

⁵⁴⁵ Ot.prp. nr.107 (2008–2009) s. 65.

knyttet til hvilke regelsett som skal gjelde. Dette skaper lite forutsigbarhet rundt prosessen. Petroleumsregelverket er heller ikke utformet for dette, som kan skape utfordringer.

10 Avsluttende bemerkninger og betraktninger

10.1 Innledning

Jeg har gjennom denne oppgaven gitt et bilde av de norske reglene for planlegging av vindkraft til sjøs. Ved innleveringen av denne oppgaven har de første områdene for norsk havvind åpnet. Norge går med andre ord inn i en ny fase av norsk havvindsutvikling. Denne analysen skuer derfor litt tilbake i tid og viser hvordan en har kommet til dette stadiet. Samtidig trekker den erfaringer fra den første runden, til bruk i fremtidig planlegging. Dette vil være svært aktuelt inn i de nye tildelingsrundene planlagt av regjeringen.⁵⁴⁶

Opgaven har undersøkt hvordan planlegging kan bidra til å oppnå det politiske målet om sameksistens til sjøs. En forutsetning for sameksistens er at potensielle konflikter bli oppdaget, kartlagt og hensyntatt i avgjørelser. Opgaven har derfor vurdert hvilke materiell, personelle og prosessuelle regler som har dette som hensikt. Særlig har oppgaven hatt fokus på kravet til konsekvensutredning. I det følgende vil jeg presentere noen hovedpunkter og rettspolitiske betraktninger fra analysen, før jeg kommer med noen betraktninger om den foranstående konsesjonsprosessen og eventuelle fremtidige åpningsprosesser.

10.2 Regelverket gir stor makt til energimyndighetene

Havvind er i liten grad regulert av sektorovergrepene planleggingsverktøy i dag. Innenfor grunnlinjen er forholdet til plan- og bygningsloven tilsvarende som for vindkraft på land. Som oppgaven viser gir disse reglene omfattende kompetanse til sektormyndighetene, uten lokal forankring gjennom plan- og bygningslovens regler. Det er ingenting som tilsier at dette ikke vil være like problematisk i de kystnære områdene som på

⁵⁴⁶ Meld. St. 11 (2021–2022) s. 97.

land. At planleggingen her overlates til sektormyndighetene kan medføre tilsvarende motstand mot vindkraft langs kysten som for vindkraft på land. I den foranstående vurderingen av reglene for vindkraft på land, må derfor også forholdet til kystnære vindmøller vurderes.

De siste 20 årene er det gjort forsøk på planlegging av sjøområdene utenfor plan- og bygningsloven gjennom forvaltningsplaner. Arbeidet har ført til en viktig kartlegging av miljøutfordringer og arealkonflikter. Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om de rettslige følgene av planene er tilfredsstillende. Det virker som at planene legger minimalt med faktiske føringer og flytter vurderingene tilbake til sektormyndighetene. Dette svekker den økosystembaserte tilnærmingen planene forsøker å oppnå.

10.3 Havenergilovens regler om planlegging må videreutvikles

Opgaven viser hvordan havenergiloven legger opp til en flerleddet konsesjonsordning for havvind. Jeg har konsentrert meg om de første leddene i denne prosessen, nemlig de som leder frem til beslutningen om åpning av områder. Denne prosessen har stor betydning ettersom den avgjør i hvilke områder havvind kan bygges. Selv om det er mulig å gjøre en god del tilpasninger i den individuelle konsesjonsprosessen, innebærer innføringen av åpningsbeslutningen at tillatelsesvurderingen i mindre grad blir et spørsmål *om* det skal bygges havvindanlegg, og mer *hvordan* det skal bygges. Forskyvningen innebærer at det er særlig viktig at andre interesser høres på dette stadiet. Samtidig gir strategiske beslutninger, slik som åpningsbeslutningen, større mulighet til å finne frem til områder hvor det, alle hensyn tatt i betraktning, vil være best å plassere denne nye aktiviteten.

Selve åpningsbestemmelsen legger opp til et vid skjønnsvurdering, som forsterker behovet for prosessuelle regler. Særlig viktig for å oppnå sameksistens mellom næringene til havs er tidlig involvering. Det er derfor avgjørende at berørte næringer og miljøinteresser blir hørt gjennom hele prosessen, herunder ved utarbeidingen av metode for arealavgrensning, underveis i arealavgrensningen, ved fastsettelse av utredningsprogram for

konsekvensutredningen etc. Dette ble i stor grad gjort i forbindelse med den første utredningen. Slik medvirkning er imidlertid i svært liten grad lovfestet i havenergiloven og havenergilovforskriften. En rettsliggjøring av arealavgrensningen og utredningsprogrammet kan være med på å styrke denne tidlige involveringen.

Områder som vurderes åpnet, må konsekvensutrednes. De nærmere kravene til denne konsekvensvurderingen er imidlertid ikke fullstendig gjennomført i havenergilovreguleringen på nåværende tidspunkt. Dette gjør det vanskeligere å finne frem til de innholdsmessige kravene og å vurdere om utredningen oppfyller kravene. Plandirektivet oppstiller relativt konkrete krav til konsekvensutredningen, men åpner også for skjønsmessige vurderinger. Høyesterett virker imidlertid ikke helt fremmed fra å overprøve disse vurderingene.⁵⁴⁷

I den kommende konsesjonsprosessen må det tas hensyn til at den gjennomførte strategiske konsekvensutredningen tar store forbehold for manglende kunnskap og usikkerheter knyttet til regelverk.⁵⁴⁸ Det offentlige, samt de private aktørene som utarbeider den prosjektspesifikke konsekvensutredningen, må ta konsekvensene av dette i konsesjonsprosessen. Hvor en nærmere vurdering av områdene og aktiviteten ikke viser seg å stemme, må både statlige og private aktører rette seg etter de faktiske forholdene. Dette kan for eksempel bety at det må settes strenge vilkår for konsesjon, søkeren må endre utforming eller flytte planlagte installasjoner for å sikre andre interesser og miljø.

Hvor det er spørsmål om å åpne nye områder for konsesjon er det nødvendig å gjennomføre en ny konsekvensutredningsprosess. Ny teknologi og andre endrede forutsetninger kan gjøre at vurderinger av et område for noen år siden ikke lenger er riktig. For å sikre at områdene som benyttes er de beste, er det derfor viktig å bygge på oppdatert informasjon. Før en slik prosess finner sted, bør det også vedtas nye forskriftsbestemmelser om arealavgrensning og strategisk konsekvensutredning.

⁵⁴⁷ HR-2020-2472-P.

⁵⁴⁸ NVE (2012) s. 174-177.

10.4 Loven gir vide unntak for petroleumstilknyttede installasjoner

Havenergiloven er skrevet på et tidspunkt hvor man visste lite om hvordan en eventuell vindkraftutbygging i Norge ville se ut. Et scenario man likevel så for seg var vindkraft som energikilde til petroleumsinstallasjoner for å begrense utslippene i forbindelse med petroleumspanning. Av denne grunn ble departementet gitt myndighet til å legge til rette for en enklere og smidigere saksbehandling i disse tilfellene, blant annet gjennom mulighet for unntak fra kravet om åpning av områdene. Oppgaven viser hvordan to bestemmelser har dette som funksjon; havenergiloven §§ 1-2 (6) og 2-2 (4).

Havenergiloven § 2-2 (4) oppstiller et relativt snevert unntak for mindre energianlegg tilknyttet petroleumslagen. Havenergiloven § 1-2 (6) gir derimot uttrykk for et mye videre unntak og mulighet til å gi tillatelse til slike vindkraftverk etter petroleumslagen heller enn havenergiloven. Bestemmelsene overlapper delvis både på vilkårssiden og på rettsvirkningssiden. Særlig havenergiloven § 1-2 (6) gir omfattende kompetanse til departementet.

Unntakene er hensiktsmessige i den forstand at de vil gjøre det enklere å vurdere slike elektrifiseringsløsninger sammen med de aktuelle petroleumspanningene. En slik type utbygging vil vanskelig kunne gjøres uten deres samtykke og interesse. På den andre siden medfører dette at en potensielt betydelig del av havvindutbyggingen vil vedtas utenfor havenergilovens primære løsning, eventuelt ikke etter havenergiloven i det hele tatt. Dette kan gjøre prosessen mindre forutsigbar for andre berørte interesser og svekke sameksistensen. Ved planleggingen av slike anlegg må derfor myndigheter og private aktører i petroleumspanningen være særlig oppmerksom på og legge til rette for andre aktører i konsesjonsbehandlingen. Fra myndighetenes side vil det også være nødvendig med nærmere retningslinjer når det gjelder hvordan petroleumslagens bestemmelser skal tolkes ved applisering på havenergianlegg.

Litteraturliste

Norske rettskilder

Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
- 1812 Lov 25. februar 1812 Cancelli-Promemoria.
- 1965 Lov 18. juni 1965 nr. 7 Bygningsloven (opphevet).
- 1967 Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1976 Lov 17. desember 1976 nr. 91 om Norges økonomiske sone (økonomiske soneloven).
- 1981 Lov 5. juni 1981 nr. 49 om lokal og regional planlegging (planleggingsloven) (opphevet).
- 1989 Lov 21. april 1989 nr. 17 om endringer i plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77 og i visse andre lover om arealdisponering.
- 1990 Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m (energilo-ven).
- 1996 Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven).
- 2000 Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
- 2003 Lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (territorialfarvannsloven).

- 2005 Lov 17. juni 2005 om akvakultur (akvakulturloven).
- 2008 Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
- 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).
- 2010 Lov 4. juni 2010 nr. 21 om fornybar energiproduksjon til havs (havenergiloven).

Forskrifter

- 1966 21. april 1966 nr. 4296 Stortingets forretningsorden (opphøvet).
- 1997 Forskrift 27. juni 1997 nr. 653 til lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsforskriften).
- 2002 Forskrift 14. juni 2002 nr. 625 om grunnlinjene for sjøterritoriet rundt Fastlands-Norge.
- 2016 Forskrift 15. september 2016 nr. 1066 om merking av og etablering av sikkerhetssoner tilknyttet innretning for fornybar energiproduksjon (forskrift om merking av innretning for fornybar energiproduksjon).
- 2017 Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften).
- 2020 Forskrift 28. februar 2020 nr. 198 Delegering av Kongens myndighet etter havenergilova til Olje- og energidepartementet.
- 2020 Forskrift 12. juni 2020 nr. 1192 til havenergilova (havenergilovforskrifta).

Kongelig resolusjoner

- Kgl.res. av Olje- og energidepartementet. *Kongelig resolusjon*
12. juni 2020 (a) *om fastsetjing av forskrift til havenergilova.*
- Kgl.res. av Olje- og energidepartementet. *Kongelig resolusjon*
12. juni 2020 (b) *om opning av områda Utsira Nord og Sørlege Nordsjø II for konsesjonshandsaming av søknader om fornybar energiproduksjon etter havenergilova.*

Forarbeider og andre stortingsdokumenter

- Dokument nr. 12 (1987–88) Dokument nr. 12 (1987–88) *Grunnlovsforslag fremsatt på 131. og 132. ordentlige Storting samt Norges Grunnlov som den lyder etter de av Stortinget 1985–86 og 1987–88 foretatte grunnlovsendringer.*
- Dokument 16 (2011–2012) Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.*
- Innst.O. nr.2 (1966–1967) Innst.O.nr.2 (1966–1967) *Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).*
- Innst.S. nr. 163 (1991–1992) Innst.S. nr. 163 (1991–1992) *Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen angående forslag fra Einar Førde og Liv Aasen til ny § 110 b, § 103, § 94 eller § 112 i Grunnlova.*
- Innst. 176 L (2009–2010) Innst. 176 L (2009–2010) *Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova).*

Innst. 383 S (2014–2015)	Innst. 383 S (2014–2015) <i>Innstilling til Stortinget fra energi- og miljøkomiteen om oppdatering av forvaltningsplanen for Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten med oppdatert beregning av iskanten.</i>
Klimaavtalen (2008)	Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti, Senterpartiet, Høyre, Kristelig Folkeparti og Venstre. «Avtale om klimameldingen.» 17.01.2008. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/md/vedlegg/klima/avtale_klimameldingen.pdf hentet 30.09.2020.
St.meld. nr. 12 (2001–2002)	St.meld. nr. 12 (2001–2002) Rent og rikt hav.
St.meld. nr. 19 (2004–2005)	St.meld. nr. 19 (2004–2005) Marin næringsutvikling.
St.meld. nr. 34 (2006–2007)	St.meld. nr. 34 (2006–2007) Norsk klimapolitikk.
St.meld. nr. 37 (2008–2009)	St.meld. nr. 37 (2008–2009) Helhetlig forvaltning av det marine miljø i Norskehavet (forvaltningsplan).
Meld. St. 10 (2010–2011)	Meld. St. 10 (2010–2011) Oppdatering av forvaltningsplanen for det marine miljø i Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten.
Meld. St. 37 (2012–2013)	Meld. St. 37 (2012–2013) Helhetlig forvaltning av det marine miljø i Nordsjøen og Skagerrak (forvaltningsplan).
Meld. St. 5 (2012–2013)	Meld. St. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU.

- Meld. St. 20 (2014–2015) Meld. St. 20 (2014–2015) Oppdatering av forvaltningsplanen for Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten med oppdatert beregning av iskanten.
- Meld. St. 25 (2015–2016) Meld. St. 25 (2015–2016) Kraft til endring – Energipolitikken mot 2030.
- Meld. St. 32 (2018–2019) Meld. St. 32 (2018–2019) Et kvotesystem for økt verdiskaping – En fremtidsrettet fiskerinæring
- Meld. St. 20 (2019–2020) Meld. St. 20 (2019–2020) Helhetlige forvaltningsplaner for de norske havområdene – Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten, Norskehavet, og Nordsjøen og Skagerrak.
- Meld. St. 28 (2019–2020) Meld. St. 28 (2019–2020) Vindkraft på land – Endringer i konsesjonsbehandlingen.
- Meld. St. 36 (2020–2021) Meld. St. 36 (2020–2021) Energi til arbeid – langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser.
- Meld. St. 11 (2021–2022) Meld. St. 11 (2021–2022) Tilleggsmelding til Meld. St. 36 (2020–2021) Energi til arbeid – langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser.
- NOU 2003: 14 NOU 2003: 14 *Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II – Planlovutvalgets utredning med lovforslag.*
- NOU 2019: 5 NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).*

- Olje- og energi-
departementet
(2005) Olje- og energidepartementet. «Høring – forslag til endringer i petroleumsforskriften.» 13.02.2009. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/oed/hdk/2005/0009/ddd/pdfv/256154-horing_petroleumsforskrift_aug_05.pdf
- Olje- og energi-
departementet
(2009) Olje- og energidepartementet. «Høringsnotat Om utkast til lov om fornybar energiproduksjon til havs mv.» 13.02.2009. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer/horing-utkast-til-lov-om-fornybar-energi-produksjon-til-havs/horingsnotat.pdf hentet 18.12.2020.
- Olje- og energi-
departementet
(2019) Olje- og energidepartementet. «Høringsnotat Forslag til forskrift om fornybar energiproduksjon til havs Forslag til opning av område etter hav-energilova.» 02.07.2019. <https://www.regjeringen.no/contentassets/942d48e60aee4fe6b0d6e1f51d75d2c3/hoyringsnotat-havenergi---opning-og-forskrift-l1060255.pdf> hentet 19.02.2020.
- Olje- og energi-
departementet
(2021) Olje- og energidepartementet «Høringsnotat Forslag til endringer i havenergilova og havenergi-lovforskrifta.» 11.06.2021 [hoyringsnotat-til-lov-og-forskriftsendringer-l1244323.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/11244323.pdf) (regjeringen.no)
- Olje- og energi-
depar-temenetet
(2021a) Olje- og energidepartementet «Veileder for areal-tildeling, konsesjonsprosess og søknader for vindkraft til havs» 11.06.2021 <https://www.regjeringen.no/contentassets/5a7268e3397b4f4ea6eb4fa84897808e/veileder-for-arealtildeling-konsesjonsprosess-og-soknader-for-vindkraft-til-havs-l1244319.pdf>
- Ot.prp. nr. 22
(1980–1981) Ot.prp.nr.22 (1980–1981) *Om lov om lokal og regional planlegging.*

- | | |
|--------------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 72
(1982–1983) | Ot.prp.nr.72 (1982–1983) <i>Lov om petroleumsvirksomhet.</i> |
| Ot.prp. nr. 56
(1984–1985) | Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) <i>Plan- og bygningslov.</i> |
| Ot.prp. nr. 51
(1987–1988) | Ot.prp.nr.51 (1987–1988) <i>Om lov om endringer i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 og i visse andre lover om arealdisponering.</i> |
| Ot.prp. nr. 43
(1989–1990) | Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) <i>Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven).</i> |
| Ot.prp. nr. 43
(1995–1996) | Ot.prp.nr.43 (1995–1996) <i>Lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven).</i> |
| Ot.prp. nr. 35
(2002–2003) | Ot.prp. nr. 35 (2002–2003) <i>Om lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone.</i> |
| Ot.prp. nr. 99
(2005–2006) | Ot.prp. nr. 99 (2005–2006) <i>Om lov om endring i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann.</i> |
| Ot.prp. nr. 32
(2007–2008) | Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) <i>Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen).</i> |
| Ot.prp. nr. 107
(2008–2009) | Ot.prp. nr. 107 (2008–2009) <i>Om lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova).</i> |
| Ot.prp. nr. 52
(2008–2009) | Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) <i>Om lov om forvaltning av naturens mangfold.</i> |
| Prop.8 L (2009–
2010) | Prop.8 L (2009–2010) <i>Lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova).</i> |

- Prop. 1 S (2017–2018) Prop. 1 S (2017–2018) For Budsjettåret 2018 Utgiftskapitler: 1800–1840, 2440 og 2490 Inntektskapitler: 4800–4825, 5440, 5490, 5582, 5680 og 5685 (Tilråding fra Olje- og energidepartementet 29. september 2017, godkjent i statsråd samme dag).
- Vedtak 143 (2020–2021) Vedtak 143 (2020–2021) til Meld. St. 28 (2019–2020) og Innst. 101 S (2020–2021) om Vindkraft på land.
- Vedtak 549 (2019–2020) Vedtak 549 (2019–2020) til Meld. St. 32 (2018–2019) og Innst. 243 S (2019–2020) om et kvotesystem for økt verdiskaping – En fremtidsrettet fiskerinæring.
- Vedtak 559 (2019–2020) Vedtak 559 (2019–2020) til Meld. St. 32 (2018–2019) og Innst. 243 S (2019–2020) om et kvotesystem for økt verdiskaping – En fremtidsrettet fiskerinæring.
- Vedtak 733 (2014–2015) Vedtak 733 (2014–2015) til Meld. St. 20 (2014–2015) og Innst. 383 S (2014–2015) om oppdatering av forvaltningsplanen for Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten med oppdatert beregning av iskanten Meld. St. 20 (2014–2015), Innst. 383 S (2014–2015).

Rettspraksis

Rt. 1982 s. 241

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 2004 s. 1092

LF-2006-24118

Rt. 2007 s. 257

Rt. 2007 s. 561

Rt. 2009 s. 661

Rt. 2011 s. 556

TOSLO-2016-166674

HR-2017-2376-A

HR-2017-2247-A

LB-2018-60499

HR-2020-2472-P

Forvaltningspraksis mv.

Havsul I – Vedtak (2008) NVE. «Anleggskonsesjon.» 2008. <http://webfile-service.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200704080/121203> hentet 15.12.2020.

Hywind Tampen (2018) Equinor. «Hywind Tampen Forslag til utredningsprogram for konsekvensutredning.» september 2018. <https://www.equinor.com/en/how-and-why/impact-assessments/hywind-tampen.html> hentet 13.01.2021.

Hywind Tampen (2019) Equinor. «Hywind tampen PUD del II – Konsekvensutredning.» 18.03.2019. <https://www.equinor.com/en/how-and-why/impact-assessments/hywind-tampen.html> hentet 13.01.2021.

- Karmøy Hywind – NVE. «Konsesjonssak – Hywind vindkraftverk oversikt (u.å.) (flytende offshore).» u.å. <https://www.nve.no/konsesjonssaker/konsesjonssak/?id=11&type=A-1,A-6> hentet 15.12.2020.
- Karmøy Hywind – Hydro. «Konsesjonssøknad for Hywind demonstrasjonsmølle.» November 2005. http://webfile-service.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200504151/1033196_hentet hentet 15.12.2020.
- Kommunal- og moderniserings- departementet (2018) Kommunal- og moderniseringsdepartementet. «Lover og retningslinjer for planlegging og ressursutnytting i kystnære sjøområder. Rundskriv H-6/18.» 2018. <https://www.regjeringen.no/contentassets/6605c8f46257444a8819747af566cff1/no/pdfs/rundskriv-sjo-med-nytt-innhold-fra-sd.pdf> hentet 13.01.2021.
- Mandat (2013 I) Overvåkingsgruppen. «Mandat for den rådgi- vende gruppen for overvåking (overvåkings- gruppen).» 29.11.2013. https://overvakingsgrup- pen.hi.no/resources/overvakingsgruppens_ mandat.pdf hentet 15.10.2020.
- Mandat (2013) Faglig forum for norske havområder. «Mandat for Faglig forum for norske havområder.» 25. no- vember 2013. <https://havforum.miljodirekto- ret.no/om-faglig-forum/mandat/> hentet 21.02.2020.
- NVE (2010) NVE. «Havvind Forslag til utredningsområder.» 2010. <http://publikasjoner.nve.no/diverse/2010/havvind2010.pdf> hentet 30.09.2020

- NVE (2012) NVE. «Havvind Strategisk konsekvensutredning.» 2012. http://publikasjoner.nve.no/rapport/2012/rapport2012_47.pdf hentet 30.09.2020.
- Olje- og energidepartementet (2010) Olje- og energidepartementet. «Høring – Forslag til utredningsområder for havvind.» 24.11.2010. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--forslag-til-utredningsomrader-f/id625562/> hentet 10.02.2021.
- NVE (2018) NVE. «Svar på oppdrag om åpning av områder for vindkraft til havs.» 2018. <https://www.regjeringen.no/contentassets/856bdd85577c4084bb9dd415e6e45483/svar-pa-oppdrag-om-apning-av-omrader-for-vindkraft-til-havs.pdf> hentet 30.09.2020.
- Olje- og energidepartementet (2017) Olje- og energidepartementet. «Veiledning for plan for utbygging og drift av en petroleumsføremst (PUD) og plan for anlegg og drift av innretninger for utnyttelse av petroleum (PAD).» 30.06.2017. <https://www.regjeringen.no/contentassets/393785f8f00c4fca81d87c7aad6cbdb6/pud-pad-veileder.pdf> hentet 18.12.2020.
- Olje- og energidepartementet (2021) Olje- og energidepartementet. «Havsul I vindkraftverk – klage på NVEs vedtak om utsatt frist for idriftsettelse – vedtak» 26. mars 2021. <https://www.regjeringen.no/contentassets/bf3a843998a6467b8afb734eb17ce978/havsul-i-vindkraftverk-klage-pa-nves-vedtak-om-utsatt-frist-for-idriftsettelse-vedtak-l1226216.pdf> hentet 01.05.2021.

Internasjonale rettskilder

Traktater

TEU	<i>Treaty on the European Union</i> , Lisboa 13. Desember 2007.
Romatraktaten	<i>Treaty of Rome</i> , Roma 25. Mars 1957.
OSPAR-konvensjonen	<i>Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic</i> , Paris 22. September 1992.
Klima-konvensjonen	<i>United Nations Framework Convention on Climate Change</i> , Rio de Janeiro 9. Mai 1992.
Havretts-konvensjonen	<i>United Nations Convention on the Law of the Sea</i> , Montego Bay 10. desember 1982.
EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde med tilhørende protokoller</i> , Oporto 2. mai 1992.

Direktiver

Dir 1985/337 EEC	Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.
Dir 2001/42 EC	Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment (plandirektivet).

- Dir 2011/92 EU Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (tiltaksdirektivt).
- Dir 2014/52 EU Directive 2014/52/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.

Dokumenter fra Kommisjonen

- COM(2000) 636 final Opinion of the Commission pursuant to Article 251 (2) (c) of the EC Treaty, on the European Parliament's amendments to the Council's common position regarding the proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment.
- COM(2009) 469 final Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application and effectiveness of the Directive on Strategic Environmental Assessment (Directive 2001/42/EC).
- COM(2019) 640 final Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The European Green Deal.

- COM(2020) 741 final Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions an EU Strategy to harness the potential of offshore renewable energy for a climate neutral future.
- European Commission (2003) European Commission. «Implementation of directive 2001/42 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment.» 2003, ISBN 92-894-6098-9. https://ec.europa.eu/environment/archives/eia/pdf/030923_sea_guidance.pdf hentet 12.10.2020.

Rettspraksis

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), International Court of Justice, Judgment, 18. desember 1951.

- C-61/77 *Kommisjonen mot Irland* ECLI:EU:C:1978:29
- C-29/84 ECLI:EU:C:1985:229
- C-363/85 ECLI:EU:C:1987:196
- C-131/88 ECLI:EU:C:1991:87
- C-322/88 ECLI:EU:C:1989:646
- C-284/95 ECLI:EU:C:1998:352
- C-6/04 ECLI:EU:C:2005:626
- C-105/09 ECLI:EU:C:2010:355
- C-110/09 ECLI:EU:C:2010:355

C-567/10	ECLI:EU:C:2012:159
C-347/10 <i>Salemink</i>	ECLI:EU:C:2012:17
C-295/10	ECLI:EU:C:2011:608
C-41/11	ECLI:EU:C:2012:103
C-266/13 <i>Kik</i>	ECLI:EU:C:2015:188
C-290/15	ECLI:EU:C:2016:816
C-671/16	ECLI:EU:C:2018:403
C-671/16 Opinion of Advocate General Kokott	ECLI:EU:C:2018:39
C-160/17	ECLI:EU:C:2018:401
C-24/19	ECLI:EU:C:2020:503

Annet

Bellona – klage Bellona. «Klagesak – manglende implementering av direktiv 01/42/EF (The Strategic Environmental Impact Assessment Directive).» 04.10.05. https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/345929_Official-complaint-from-Bellona-%28with-enclosures%29.PDF hentet 09.02.2021.

- ESA (2014) ESA. «Reasoned Opinion delivered in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice concerning Norway's failure to implement correctly the Act referred to at point 1g of Annex XX of the Agreement on the European Economic Area (Directive 2001/42nC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment).» 16.07.2014. <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/2706-711694.pdf> hentet 09.02.2021.
- ESA (2019) ESA. «Complaint against Norway alleging breach of Directives 2011/92 ("EIA Directive") and Directive 2001/42 ("SEA Directive").» 17.04.2019. <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/4893-Request%20for%20information.pdf> hentet 09.02.2021
- Klima- og miljødepartementet (2019) Klima- og miljødepartementet. «Complaint against Norway alleging breach of Directives 2011/92 ("EIA-Directive") and Directive 2001/42 ("SEA Directive").» 17.06.2019. https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/4943-SKM_C654e1906171151018.06.201909-14-00.pdf hentet 09.02.2021.

Litteratur

- Alvik (2020) Alvik, Ivar og Henrik Bjørnebye. «Om konsesjoner og konsesjonsrett.» *Jussens venner* nr. 2 (2020) s. 85–104.
- Arnesen (1994) Arnesen, Finn. «Regulerer EØS-avtalen den Norske stats utnyttelse av petroleumsforekomster?» *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg. 107, nr. 3 (1994) s. 424–468.
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2015.
- Arnesen (2018) Arnesen, Finn. «Article 126 Territorial application of the EEA Agreement» i *Agreement on the European economic area : a commentary*. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder red., Universitetsforlaget: Oslo, 2018, s. 945–953.
- Backer (1986) Backer, Inge Lorange. *Naturvern og naturinngrep*. Oslo: Universitetsforlaget, 1986.
- Backer (2012) Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturresurs- og miljørett*. 5. utg., Oslo: Gyldendal, 2012.
- Bernt (2007) Bernt, Jan Fridthjof, Synne Sæther Mæhle og Jørn Jacobsen. *Rett, samfunn og demokrati*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2007.
- Boe (1977) Boe, Erik. «Folkevalgte organers styring med administrative organer som Distriktenes utbyggingsfond» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1977 s. 14–69.

- Boe (1981) Boe, Erik. «Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv.» *Jussens Venner* Vol. 75, nr. 7–8 (1981) s. 235–255.
- Boe (1993) Boe, Erik. *Innføring i juss 2 Statsrett og forvaltningsrett*. Vol. 2. Oslo: TANO, 1993.
- Boe (2012) Boe, Erik. *Rettskildelære under Debatt*. Oslo: Universitetsforl, 2012.
- Bugge (1999) Bugge, Hans Chr. *Forurensningsansvaret : Det økonomiske Ansvaret for å Forebygge, Reparere Og Erstatte Skade Ved Forurensning*. Oslo: Tano Aschehoug; 1999.
- Bugge (2013) Bugge, Hans Chr. «Har vi de rettslige redskapene som trengs for en god forvaltning av våre havområder?» i *Festskrift til Erik Magnus Boe*. Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub red., Oslo: Universitetsforlaget, 2013, s. 65–88.
- Bugge (2019) Bugge, Hans Chr. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Castberg (1964) Castberg, Frede. *Norges Statsforfatning II*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget 1964.
- De Lucia (2015) De Lucia, Vito. «Competing Narratives and Complex Genealogies: The Ecosystem Approach in International Environmental Law.» *Journal of Environmental Law* vol. 27, nr. 1, 2015 s. 91–117.
- Eckhoff (1983) Eckhoff, Torstein. *Statens Styringsmuligheter, Særlig I Ressurs- Og Miljøspørsmål*. Oslo: Tanum-Norli, 1983.

- Eckhoff (2017) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Eckhoff (2018) Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 11. utg. ved Eivind Smith, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- EFTA (u.å.) EFTA. «Directive 2008/56/EC of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 establishing a framework for community action in the field of marine environmental policy (Marine Strategy Framework Directive).» u.å. <https://www.efta.int/eea-lex/32008L0056> hentet 09.02.2021.
- Eide (2018) Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. 2. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2018.
- Elsner (2019) Elsner, Paul og Suzette Suarez. «Renewable energy from the high seas: Geo-spatial modelling of resource potential and legal implications for developing offshore wind projects beyond the national jurisdiction of coastal States.» *Energy Policy* Vol. 128, 2019 s. 919–929.
- Eng (2007) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Equinor (u.å.) Equinor. «Hywind Tampen: verdens første fornybare kraftkilde for olje- og gassvirksomhet til havs.» u.å. <https://www.equinor.com/no/what-we-do/hywind-tampen.html> hentet 18.12.2020.
- European Commission (2020) European Commission. «Onshore and offshore wind.» 2020. https://ec.europa.eu/energy/topics/renewable-energy/onshore-and-offshore-wind_en#offshore-wind-in-the-eu hentet 30.09.2020

- Fauchald (2016) Fauchald, Ole Kristian. «Plikt til å utrede miljøkonsekvenser av lovgivning.» i *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*. Hans Chr Bugge red., Oslo: Universitetsforlaget, 2016 s. 187–200.
- Fogleman (2017) Fogleman, Valerie. «Plans and Programmes Under the SEA Directive» in *The Strategic Environmental Assessment Directive*. Gregory Jones QC and Eloise Scotford red., Portland: Hart Publishing, 2017 s. 41–63.
- Graver (2015) Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Hammer (2012) Hammer, Ulf, Trond Stang, Sverre B. Bjelland, Yngve Bustnesli og Amund Bjøranger Tørum. «Petroleumsloven, kommentarutgave» i *Juridika.no* 2012.
- Holmøyvik (2018) Holmøyvik, Eirik. «med innstruks skal landet byggest?» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol. 131, nr. 5, 2018, s. 461–492.
- Holth (2014) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge. «Det rettslige rammeverket» i *Konsekvensutredninger : Rettsregler, Praksis Og Samfunnsvirkninger*. Holth, Fredrik, and Nikolai K. Winge red., Oslo: Universitetsforlaget, 2014 s. 19–54.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter og Benedikte Moltumyr Høgberg. «Grunnloven som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget: 2019 s. 239–259.

- Høstmælingen (2006) Høstmælingen, Ingrid. «Etablering av petroleumsvirksomhet i nye områder på norsk kontinentalsokkel – åpning av områder etter petroleumsloven § 3-1». *MarIus*, nr. 339, 2006 s. 1–152.
- Kierulf (2018) Kierulf, Anine. «Konstitusjonelle rammer og utfordringer for nytt Storting og ny regjering i lys av parlamentarismen som statskikk.» *Jussens venner* Vol. 53, nr. 3 (2018) s. 191–204.
- Lervåg (2008) Lervåg, Jon Vegard. «Miljørettsleg handlingsrom innanfor konsesjonssystemet for norsk petroleumsverksemd Tilhøvet mellom utvinningsløyvet, godkjenning av PUD og forureiningskonsesjonen» *MarIus*, nr. 363, 2008 s. 1–148.
- Mathiesen (1986) Mathiesen, Thomas. «“Styringsjuss”, “rettsikkerhetsjuss” – og det gode samfunn» i *Samfunn rett rettferdighet festskrift til Torstein Echoffs 70-årsdag*. Anders Bratholm, Torkel Opsahl, Magnus Aarbakke, Kaare Haukaas red., Oslo: TANO, 1986.
- Menon Economics (2020) Menon Economics og SINTEF Ocean. «Sameksistens og bærekraft i det blå.» *Senter for hav og Arktis*, 2020. https://www.havarktis.no/files/Sameeksistens-og-bærekraft_Rapport-1-Status_ENDELIG.pdf hentet 30.09.2020.
- Mestad (2019) Mested, Ola. «Rettens kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019 s. 683–702.

- Miljødirektoratet (2019) Miljødirektoratet. «Miljødirektoratets hørings svar til forslag om åpning av områder for fornybar energi til havs og forslag til forskrift til havenergi-lova.» 28.11.2019. https://www.regjeringen.no/contentassets/c241bb941b2a48a5826961c53421681b/miljodirektoratet-ii.pdf?uid=Milj%C3%B8direktoratet_II hentet 13.01.2021.
- Myklebust (2010) Myklebust, Ingunn Elise. *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Myklebust (2018) Myklebust, Ingunn Elise. «Miljøkrav i saker som gjeld akvakultur Kan kommunen setje detaljerte vilkår for drift av akvakultur etter plan- og bygningslova, eller gjeld det avgrensingar med omsyn til trong om handlerom ved vurdering av lokalitet etter akvakulturlova?» i Kart og Plan Vol. 78, nr. 2 (2018) s. 178–187.
- Naas-Bibow (2011) Naas-Bibow, Jens m.fl. *Energiloven med kommentarer*. 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2011.
- NVE (2018) NVE. «NVE anbefaler områder for energiproduksjon til havs.» 27.03.2018. <https://www.nve.no/nytt-fra-nve/nyheter-energi/nve-anbefaler-omrader-for-energiproduksjon-til-havs/> hentet 06.03.2020.
- NVE (2019a) NVE. «Dybde og kompliserte bunnforhold gjør havvind i Norge dyrere enn i Europa» *NVE Fakta* nr. 15, 2019. http://publikasjoner.nve.no/faktaark/2019/faktaark2019_15.pdf hentet 07.02.2021.
- NVE (u.å. 2) NVE. «Konsesjonssaker.» u.å. <https://www.nve.no/konsesjonssaker/> hentet 30.09.2020

- NVE (u.å.) NVE. «Vindkraftdata.» u.å. <https://www.nve.no/energiforsyning/kraftproduksjon/vindkraft/vindkraftdata/> hentet 30.09.2020
- Orsted (u.å) Orsted. «Hornsea One Offshore Wind Farm.» u.å. https://orstedcdn.azureedge.net/-/media/www/docs/corp/uk/updated-project-summaries-06-19/sept-2020/200819_ps_hornsea-one_v3_web-aw.ashx?la=en&rev=48e42a118f984711b23e7c11dd9e99ab&hash=D1C8FB48AA297F9095B1C66306B4A6A1 hentet 09.02.2021.
- Platjouw (2016) Platjouw, Froukje Maria. *Environmental Law and the Ecosystem Approach*. Routledge Research in International Environmental Law. London: Routledge, 2016.
- Proelss (2012) Proelss, Alexander og Chang Hong. «Ocean Upwelling and International Law» *Ocean Development & International Law* Vol. 43, nr. 4, 2012 s. 371–385.
- Regjeringen (2020) Regjeringen. «Utbygging av Hywind Tampen godkjent.» 2020. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/utbygging-av-hywind-tampen-godkjent/id2697222/> hentet 30.09.2020.
- Regjeringen (2020a) Regjeringen. «Stortingsmelding om langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser.» 12.11.2020. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/stortingsmelding-om-langsiktig-verdiskaping-fra-norske-energiressurser/id2784853/> hentet 18.12.2020.
- Ruud (2011) Ruud, Morten, and Geir Ulfstein. *Innføring i Folkerett*. 4. Utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

- Sands (2003) Sands, Philippe. *Principles of international environmental law* 2. utg. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Sands (2018) Sands, Philippe, Jacqueline Peel, Adriana Fabra, og Ruth Mackenzie. *Principles of International Environmental Law*. 4. utg., Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Schütz (2007) Schutz, Sigrid Eskeland. *Miljøkonsekvensutgreiing av planar og tiltak Plan og bygningslova kap VII-a i lys av EØS-direktiv 85/337 og 2001/42*. Bergen: Universitetet i Bergen, 2007.
- Schütz (2013) Schutz, Sigrid Eskeland. «Strategiar i forvaltning av marine økosystem» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schutz, Ørnulf Rasmussen red., Bergen: Fagbokforlaget 2013 s. 597–608.
- Schütz (2014) Schütz, Sigrid Eskeland. «Internasjonale og EØS-rettslege perspektiv» i *Konsekvensutredninger : Rettsregler, Praksis Og Samfunnsvirkninger*. Holth, Fredrik, and Nikolai K. Winge red., Oslo: Universitetsforlaget, 2014 s. 85–124.
- Sejersted (2003) Sejersted, Fredrik. «Om Stortingets kompetanse til å regjere over regjeringen» *Nytt Norsk Tidsskrift* vol. 20, nr. 3, 2003 s. 281–294.
- Sejersted (2014) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Smith (1980) Smith, Carsten. *Bankrett og statsstyre*. Oslo: Universitetsforlaget, 1980.

- Stavang (1982) Stavang, Per. «Vedtak eller tilrådning – kva skal til for å binde regjeringa?» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol. 151, nr. 4, 1982 s. 723–754.
- Stavang (1999) Stavang, Per. *Storting Og Regjering : Om Instruksar Frå Stortinget Til Regjeringa*. Bergen: Alma Mater, 1999.
- Stefan (2012) Stefan, Oana. «European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects» *The Modern Law Review* Vol. 75, nr. 5, 2012 s. 879–893.
- Stensland (2020) Stensland, Kristine M. «Tunge aktørar posisjonerer seg for norsk havvind-utbygging.» E24, 11.11.2020. <https://e24.no/den-groenne-oekonomien/i/bnnBEL/tunge-aktoerar-posisjonerer-seg-for-norsk-havvind-utbygging> hentet 13.01.2020.
- Tennøy (2014) Tennøy, Aud. «Kvalitet I konsekvensanalyser». i *Konsekvensutredninger : Rettsregler, Praksis Og Samfunnsvirkninger*. Holth, Fredrik, and Nikolai K. Winge red., Oslo: Universitetsforlaget, 2014 s. 185–207.
- Trouwburst (2009) Trouwborst, Arie. «The Precautionary Principle and the Ecosystem Approach in International Law: Differences, Similarities and Linkages.» *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 18, nr. 1, 2009, s. 26–37.
- Haugli Trosdahl (2019) Haugli Trosdahl, Kari Anne. «EØS-avtalens geografiske virkeområde Norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel» *MarIus*, nr. 511, 2019 s. 9–129.

- Vinh (2020) Tran, Vinh Q. «Rettsanvendelse i motvind Endringer av eksisterende vindkraftkonsesjoner gjennom godkjenningsvedtak av detaljplan og miljø, transport- og anleggsplan (MTA).» MarIus nr. 536, 2020 s. 8–160.
- Wind Europe (2020) Wind Europe. «Offshore Wind in Europe Key trends and statistics 2019.» 2020. <https://windeurope.org/wp-content/uploads/files/about-wind/statistics/WindEurope-Annual-Offshore-Statistics-2019.pdf> hentet 30.09.2020.
- Winge (2013) Winge, Nikolai K. *Kampen om arealene Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Yang (2006) Yang, Haijiang. *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea*. Berlin: Springer, 2006.
- Ørstavik (2020) Ørstavik, Edvind og Lars Mæhlum. «Geografisk informasjonssystem – GIS.» *Store norske leksikon*, 23.11.2020. https://snl.no/geografisk_informasjonssystem_-_GIS hentet 13.01.2021.
- McCracken QC (2017) McCracken QC, Robert og Ned Westaway. «The History and Context of the SEA Directive» i *The Strategic Environmental Assessment Directive A Plan for Success?* Gregory Jones QC og Eloise Scottford red., Oxford: Hart Publishing, 2017 s. 3–25.

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

