

## Notat

Til: Norges Naturvernforbund, Den Norske Turistforening, Norges Jeger- og Fiskerforbund og WWF  
Fra: Tine Larsen  
Dato: 3. august 2020  
Sak: 3604 - Vurdere stortingsvedtaket om vindkraft

### STORTINGETS VEDTAK OM GJENNOMGANG AV GITTE VINDKRAFTKONSESJONER

Naturvernforbundet, Den Norske Turistforening, Norges Jeger- og Fiskerforbund og WWF har bedt om en vurdering av Stortingets vedtak om at regjeringen skal foreta en gjennomgang av gitte vindkraftkonsesjoner, og hvilke forutsetninger som må ligge til grunn for at konsesjoner kan bli omgjort.

#### 1. Stortingets vedtak

19. juni 2020 vedtok Stortinget enstemmig følgende tre vedtak om vindkraft:

- Stortinget ber regjeringen vurdere hvorvidt behandlingen av gitte vindkraftkonsesjoner har fulgt energilovgivningen og forvaltningslovens krav. Dersom det skulle foreligge feil eller mangler i konsesjonen som er i strid med lovgivingens krav skal forvaltningen stanse vedtaket.*
- Stortinget ber regjeringen innenfor gjeldende regelverk ikke gi forlenget frist for idriftsettelse utover 31.12.2021 for vindkraftverk på land som i dag har gyldig konsesjon.*
- Stortinget ber regjeringen avstå fra å ta nye konsesjonssøknader for vindkraft til behandling før Stortinget har behandlet den varslede stortingsmeldingen om endringer i konsesjonsbehandlingen for vindkraft på land.*

Det er vedtakets punkt 1 som er gjenstand for vurdering her.

#### 2. Vurdering av konsesjoner i henhold til energilovgivningen og forvaltningslovens krav

Det vil være en omfattende jobb for regjeringen å foreta en grundig lovlighetskontroll av alle vindkraftkonsesjonene. Det må videre legges til grunn at regjeringen i minst mulig grad vil konstatere feil eller mangler som kan føre til at et betydelig antall vindkraftkonsesjoner omgjøres. Det vil derfor være hensiktsmessig å fremme godt begrunnede innspill til departementet om noen prioriterte konsesjoner som bør være gjenstand for særlig oppmerksomhet, og hvor det kan identifiseres konkrete rettslige feil/mangler av slik betydning at de kan lede til ugyldighet.

## 2.1 Forvaltningens omgjøringsadgang

Når stortingsvedtaket sier at regjeringen skal «stanse vedtaket» dersom det foreligger rettslige feil eller mangler i henhold til forvaltningsloven og energilovgivningen, må regjeringen forholde seg til de muligheter den har til å omgjøre/tilbakekalle et konsesjonsvedtak utenfor klage. Det er forvaltningsloven § 35 c og energiloven § 10-3 fjerde ledd som her er aktuelle lovhjemler for omgjøring av innvilgede vindkraftkonsesjoner:

- Forvaltningen kan omgjøre sitt eget vedtak utenom klage dersom forvaltningen finner ut at vedtaket er ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 c. Det må konstateres *ugyldighet*.
- Energiloven § 10-3 fjerde ledd gir forvaltningen adgang til å trekke tilbake en konsesjon dersom det viser seg at den er «*gitt på grunnlag av uriktige eller ufullstendige opplysninger om forhold av vesentlig betydning*». Det er altså et krav om at feilen er av vesentlig betydning.

Forvaltningen har også en ulovfestet omgjøringsadgang hvor også *gyldige* vindkraftkonsesjoner kan omgjøres – det vil si vedtak hvor det ikke nødvendigvis er gjort feil eller foreligger mangler, men hvor det etter en fornyet interesseavveiing er slik at hensynene som taler for omgjøring veier vesentlig tyngre enn de som taler imot. Det skal svært mye til før at slik ulovfestet omgjøring kan skje, særlig hvis konsesjonær har innrettet seg etter vedtaket. Stortingets vedtak retter seg mot de vedtak hvor det foreligger rettslige feil og mangler, og ber ikke om omgjøring grunnet en ny interesseavveiing. Ulovfestet omgjøring er således ikke særlig aktuelt for oppfølging av dette stortingsvedtaket.

## 2.2 Omstendighetene på vedtakstidspunktet er avgjørende

En del vindkraftkonsesjoner er flere år gamle, og det kan ha skjedd mye i ettertid som gir grunn til å anta at behandling av konsesjonssøknaden nå kunne gitt et annet utfall. Men prøvingen av forvaltningsvedtakets gyldighet må normalt ta utgangspunkt i omstendighetene på vedtakstidspunktet, jf. Høyesteretts plenumsdom i Rt-2012-1985. Konsesjonsvedtakene må derfor vurderes ut ifra de krav og omstendigheter som gjaldt på vedtakstidspunktet. Krav og omstendigheter som har oppstått *etter* at vedtaket er fattet – herunder endret holdning til vindkraft eller at krav til utredninger eller vektlegging av bestemte hensyn har endret seg - er ikke en feil eller mangel ved det opprinnelige konsesjonsvedtaket.

Derimot kan det være grunnlag for å etterprøve gyldigheten av konsesjoner dersom det senere er kommet frem opplysninger/kunnskap om relevante forhold som også forelå på konsesjonstidspunktet, men som ikke ble vurdert i forbindelse med konsesjonen. Typisk kan være at det etter at konsesjon er gitt er avdekket forekomst av sårbare arter i området, eksempelvis som på Bremangerlandet hvor fugletrekk i større grad går gjennom planområdet enn det som ble forutsatt på konsesjonstidspunktet.<sup>1</sup> Dersom dette burde vært fanget opp og tatt i betraktning på konsesjonstidspunktet, kan det foreligge en saksbehandlingsfeil i form av mangelfull konsekvensutredning eller at forvaltningen ikke har oppfylt sin utredningsplikt, jf. forvaltningsloven § 17.

## 2.3 Forholdet til etterfølgende godkjenning av detaljplan og MTA-plan

En utfordring i vindkraftsaker er at selve konsesjonsvedtaket er nokså åpent: Det gis rett til å bygge ut en gitt mengde effekt innenfor et avgrenset område, uten så mye spesifikasjoner. Turbinhøyder og endelig plassering av tårn og veier mv. avklares vanligvis i senere detaljplan og MTA-plan (miljø-, transport- og

---

<sup>1</sup> Jf. notat av 20.01.2020 til Norges Naturvernforbund: Grunnlag for å avslå dispensasjon til Bremangerlandet vindkraftverk

anleggsplan). Godkjenning av detaljplan og MTA-plan er ofte samordnet, og gjenstand for et særskilt enkeltvedtak (som også kan påklages).

Detalj- og MTA-planen må ligge innenfor konsesjonens (vide) rammer. Men prosjektet kan ofte se annerledes ut enn det som ble presentert i konsesjonssøknaden, særlig i de tilfeller hvor det har gått mange år siden opprinnelig konsesjon ble innvilget. Dersom det fører til nye eller endrede konsekvenser, må det bli gjenstand for tilleggsutredninger før vedtak om detalj- og MTA-plan mv. fattes.

Dersom det er feil ved godkjenning av detalj- og MTA-planen, er det detalj/MTA-planvedtaket som må angripes og kan være ugyldig. Det berører som utgangspunkt ikke gyldigheten av den underliggende konsesjonen. Slik vi leser Stortingets vedtak er gjennomgangen kun knyttet til feil og mangler ved konsesjonsvedtakene, ikke detalj- og MTA-planene. Eventuelle ugyldighetskrav knyttet til disse bør i så tilfelle bli gjenstand for særskilt vurdering og prosess dersom det er aktuelt. Tiltakshaver vil da ikke kunne starte byggearbeidene i henhold til konsesjonen hvis etterfølgende MTA-planvedtak ikke er godkjent eller kjennes ugyldig.

#### 2.4 Vedtak om konsesjonsendringer

Det er ikke uvanlig at det også omsøkes og fattes etterfølgende vedtak om *konsesjonsendringer*, ofte i forbindelse med MTA-planen. Det kan være utsettelse av byggefristen, forlenget konsesjonstid, justering av planområdet, endring av tillatt installert effekt etc. I og med at det med dette foretas *endringer av selve konsesjonen*, vil saksbehandlingsfeil ved endringsvedtaket også være omfattet av Stortingets vedtak: «*Dersom det skulle foreligge feil eller mangler i konsesjonen som er i strid med lovgivningens krav skal forvaltningen stanse vedtaket.*»

Ved vedtak om konsesjonsendringer skal saksbehandlingsreglene i energiloven følges så langt disse passer, jf. energiloven § 10-4 annet ledd, jf. § 2-1. I henhold til saksbehandlingsreglene i energiloven § 2-1 må behovet for utredninger og ekstern kvalitetssikring vurderes, søknader skal kunngjøres og legges ut til offentlig høring, og de saken direkte gjelder skal få søknaden direkte tilsendt til uttalelse. Utleggelse, kunngjøring og høring kan bare unnlates når det finnes «ubetenkelig», jf. § 2-1 fjerde-sjette ledd.

Utsettelse av byggefristen i flere år, forlengelse av konsesjonstiden og flytting av plangrensen er forhold som klart berører andre interesser i området, og må være gjenstand for høring. Utelatelse av høring vil da ikke kunne anses som «ubetenkelig», og vil utgjøre en saksbehandlingsfeil.

Selv om opprinnelig konsesjon var gyldig, vil ikke den endrede konsesjonen være gyldig dersom saksbehandlingsfeil kan ha innvirket på endringsvedtakets innhold.

Hvorvidt det opprinnelige konsesjonsvedtak fortsatt kan gjøres gjeldende i uendret form, vil bero på omstendighetene i den enkelte sak. Selv om den opprinnelige konsesjonen fortsatt må anses gyldig, vil den i mange tilfeller være utløpt dersom byggefristen er utløpt, og de(t) etterfølgende vedtak om utsatt byggefrist er ugyldig(e).

Vi er kjent med at det er vindkraftkonsesjoner hvor det er fattet vedtak om slike konsesjonsendringer hvor høring mv. er utelatt, hvilket er saksbehandlingsfeil som kan føre til at gjeldende konsesjon er ugyldig.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> F. eks. Haram vindkraftverk, brev av 24. juli 2020 fra advokat Brygfjeld i DSA til Olje- og energidepartementet: *Haram vindkraftverk: Anmodning om omgjøring av vedtak, varsel om rettslige skritt*

### 3. Naturmangfoldloven

Naturmangfoldloven er ikke nevnt i stortingets vedtak. Det er imidlertid slik at det for alle vedtak, både konsesjonsvedtak, etterfølgende vedtak om detalj- og MTA-plan og eventuelle konsesjonsendringer som er fattet etter at naturmangfoldloven trådte i kraft 1. juli 2009, gjelder også naturmangfoldlovens § 7 om at de miljørettslige prinsippene i § 8 - § 12 skal legges til grunn som retningslinjer for all offentlig myndighetsutøvelse hvor natur berøres. Vurderingen av prinsippene i den aktuelle saken skal fremgå av beslutningen. Manglende vurdering og begrunnet avveining er en saksbehandlingsfeil som kan lede til ugyldighet.

Selv om det ikke fremgår av stortingsvedtakets ordlyd at vindkraftkonsesjonene også skal vurderes i henhold til naturmangfoldloven, er naturmangfoldloven en sektorovergripende lov med regler som skal utfylle forvaltningsloven og energiloven, jf. også forarbeidene til naturmangfoldloven, Ot. prp. nr. 52 (2008-2009) side 65:

*«Departementet har lagt opp til å få samordnende prinsipper for bruk og vern av naturens mangfold på gen-, arts-, naturtype- og økosystemnivå, på tvers av sektorer. Naturmangfoldloven skal gjelde for all natur, slik at man tetter igjen huller i eksisterende regelverk (...)*

*Naturmangfoldloven skal gjelde side om side med annet lovverk, og naturmangfoldloven og annet lovverk vil på en rekke områder utfylle hverandre.»*

Naturmangfoldloven gir ikke et svar på avveiningen mellom miljøhensyn og andre hensyn, men skal tvinge forvaltningen til alltid å gjøre en avveining av disse interessene og begrunne resultatet.

Vår erfaring er at det fortsatt er mange sektorvedtak hvor en vurdering av naturmangfoldlovens prinsipper er utelatt, og hvor vedtaket ikke inneholder den vurdering og begrunnelse som loven krever. Vi anbefaler derfor at det undersøkes om vindkraftkonsesjonsvedtakene oppfyller kravet i naturmangfoldloven § 7, og at også denne saksbehandlingsfeilen påpekes overfor departementet dersom den foreligger.

### 4. Betydningen av feil og mangler

Selv om man finner saksbehandlingsfeil i et konsesjonsvedtak, er det ikke alle feil som leder til ugyldighet. En forutsetning for ugyldighet og mulighet for omgjøring etter forvaltningsloven § 35 c er at feilen(e) kan ha påvirket det endelige vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Det er ikke krav om sannsynlighetsovervekt, det er tilstrekkelig at det ikke kan utelukkes en rimelig mulighet for at vedtaket hadde sett annerledes ut dersom feilen tenkes bort, jf. Høyesteretts dom i Rt. 2009 s. 661 (den amerikanske ambassaden). Saksbehandlingsfeil som ikke kan antas å ha hatt noen innvirkning på det endelige vedtakets innhold, er ikke tilstrekkelig til å konstatere ugyldighet.

For omgjøring etter energiloven § 10-3 fjerde ledd er det et vesentlighetsvilkår: Forvaltningen har adgang til å trekke tilbake en konsesjon dersom det viser seg at den er *«gitt på grunnlag av uriktige eller ufullstendige opplysninger om forhold av vesentlig betydning»*. For at de uriktige eller ufullstendige opplysningene skal være et forhold av vesentlig betydning, må det antas at de uriktige eller mangelfulle opplysningene også kan ha fått betydning for vedtakets innhold.

## 5. Oppsummering

- Stortingets vedtak innebærer ikke omgjøring basert på en ny interesseavveining - det må foreligge rettslige feil eller mangler som gir grunnlag for omgjøring/tilbakekall av gitte konsesjoner.
- Vedtakets gyldighet må vurderes i henhold til krav og omstendigheter som forelå på vedtakstidspunktet – ikke etterfølgende omstendigheter.
- Senere opplysninger om relevante forhold som forelå på vedtakstidspunktet og skulle vært tatt i betraktning, kan danne grunnlag for ugyldighet (mangelfull utredning etc.)
- Godkjenning av detalj- og MTA-planer er særskilt vedtak som også kan være gjenstand for gyldighetsprøving, men utgjør ikke selve konsesjonen som er gjenstand for OEDs gjennomgang i henhold til stortingsvedtaket. Men uten gyldig MTA-plan kan ikke konsesjonær sette i gang anleggsarbeidene.
- Etterfølgende vedtak om konsesjonsendringer er derimot en del av gjeldende vindkraftkonsesjon, og et ugyldig endringsvedtak kan innebære at utbygger ikke lengre har gyldig konsesjon. Hvorvidt opprinnelig konsesjonsvedtak fortsatt gjelder vil bero på omstendighetene i den enkelte sak.
- Manglende vurdering av naturmangfoldlovens prinsipper i §§ 8-12, jf. § 7, er en saksbehandlingsfeil som også kan lede til ugyldighet og bør påpekes i de konsesjonsvedtak hvor feilen eventuelt forekommer.
- Enhver saksbehandlingsfeil gir ikke grunnlag for omgjøring. Det må være grunn til å tro at feilen(e) kan ha hatt betydning for vedtakets innhold (jf. forvaltningsloven § 41) eller er vesentlig (jf. energiloven § 10-3 fjerde ledd).

**Med vennlig hilsen**

Advokatfirmaet DSA as



Tine Larsen

Advokat