

Rettslege rammer for klimavenleg energiproduksjon i utmarka: Utfordrar klimaomsynet legitimiteten til konsesjonsregelverket?

Katrine Broch Hauge

Universitetet i Oslo

Abstract: The background for the article is the climate challenge necessitating development of renewable energy sources in the Norwegian outfields (*utmark*). Climate change is considered the world's leading environmental challenge and therefore also one of the greatest challenges to society. The loss of species and biodiversity is another fundamental problem, according to the UN Nature Panel IPBS. Nevertheless, climate change is somewhat absent in the context of Norwegian legislation. The article shows that climate change is relevant, however, in Norway's concession laws, reviewed in this paper. The main question is: what is the basis of legitimacy for regulations that take climate and nature into consideration? The analysis is mainly based on the doctrinal legal method and some assessments of legal politics. Various perceptions of legitimacy within a legal context are also explored. It can be argued, with regard to wind power, that projects realized in recent years suffered from a deficit of local co-determination with respect to the legislature's intentions, the explanation being that planning at a regional level is no substitute for the lack of municipal planning. In addition, from an overarching perspective, it is difficult to create a manageable legal situation for user and environmental interests in the countryside with the wide administrative discretion that appears.

Keywords: renewable energy, climate change, legitimacy, licensing, administrative discretion, outfields

Innleiing

Sentrale styringsverktøy for å avvega klima- og miljøomsyn innanfor etablering av vasskraft og vindkraftverk er i dag konsesjonsreglane i vassdragsreguleringslova, vassressurslova og energilova. Tradisjonelt er konsesjonsreglar rekna som eit tenleg verkemiddel i miljø- og naturressurspolitikken (Backer, 2019, s. 38; Winge, 2013, s. 57, 65). Reglane gir vide fullmakter til forvaltninga, men dei kan ikkje sjåast isolert frå andre styringsmekanismar om ein skal få eit godt bilete av korleis ulike interesser og verdiar blir synleggjort og verdsett i konsesjonsvurderingane.

Oversikt og problemstillingar

Ambisjonen for dette kapittelet er å gi ei viss oversikt over aktuelle problemstillingar. Målet er altså meir å peika på spørsmål enn å gi dei inngåande drøftingane. Overordna problemstilling i kapittelet er om inntoget av klimaomsynet i det rettslege puslespelet konsesjonsreglane er del av, har kome med ei slik tyngd at det kan slå sprekker i biletet av opne konsesjonsreglar som tenlege og nærast sjølvagte verkemiddel på området. Det grunnleggjande dilemmaet rettsreglane er meint å handtera, er produksjon av fornybar energi versus kostnader i form av naturtap og andre negative påverknader på lokale tilhøve. Eit hovudspørsmål er dermed om opne vide fullmakter til forvaltninga framleis er den beste metoden for å sikra legitimitet kring avvegingane av dei grunnleggjande klima- og miljøomsyna som står på spel i desse sakene. Spørsmålet er viktig for å kunna seia noko om kor føreseieleg rettssituasjonen for brukar- og miljøinteresser i utmarka er i dag. Gode og tenlege reglar for sakshandsaminga er verkemiddel for å sikre medverknad, kunnskapsgrunnlag og avveging. Slik er desse også avgjerande for om saksgangen blir oppfatta som føreseieleg og legitim. Likevel prøver eg her å setje dei *materielle rammene* for vedtaka i sentrum i drøftinga av kva som gir reglane legitimitet. Det er trass alt desse som først og fremst styrer kva vurderingar forvaltninga skal gjere.

Det overordna temaet er altså kva som gir ein rettsregel, som skal avvega kryssande energi/klima og naturomsyn legitimitet. Eller med

andre ord når er det du som turgåar, bonde på sauesank eller lukkeleg sommarturist kan akseptera at naturen rundt deg blir endra? Det vi kan spørja om for å få ein peikepinn på dette, er om rettsreglane er utforma slik at dei gir grunnlag for ein føreseieleg, rettferdig og demokratisk forankra rettsbruksprosess (Mæhle & Aarli, 2018, s. 422). Vi kan omtala desse momenta som legitimitetsmarkørar. Ei avgjerd som ikkje fell i god jord hjå einskildinteresser, kan likevel oppfattast som rettferdig. Føresetnaden er at den generelle norma synest rettferdig og rasjonell (Bernt, 2004, s. 62). Om rettsstaten skal fungera som samfunnsprosjekt, så er det nettopp desse forventningane til kvalitet i innhald rettsreglane og handhevinga retten må innfri (Bernt, 2004, s. 62). I tillegg til å handheva jussen i samsvar med den juridiske metoden kan også det juridiske fellesskapet vera med å sikra at retten blir oppfatta som legitim gjennom deltaking i diskusjonen om *korleis* retten kan utviklast i samspel med samfunnet (Mæhle & Aarli, 2018, s. 428). Kapittelet kan også lesast som forsøk på å identifisera slike utviklingsmoglegheiter.

La oss sjå på den massive motstanden mot etablering av einskilde vindkraftverk, og reaksjonane mot forsøket frå styresmaktene på å laga ei nasjonal ramme for vindkraft. Er motstanden av ein slik art at den er eigna til å svekkja den allmenne legitimiteten til konsesjonssystemet? Mangel på tillit til forvaltninga og til handteringa av motstridande interesser når det gjeld kraftutbygging, er ikkje noko nytt tema (Backer, 1984, s. 165–193). Klimaomsynet på den eine sida, og kunnskap om trongen for å verna om naturgrunnlaget på den andre, gjer det likevel særleg aktuelt med ei drøfting av konsesjonsreglane. I dette kapitlet tek eg ikkje opp dei særlege spørsmåla som reiser seg når eit konsesjonstiltak støytter mot samiske interesser (sjå for eksempel Høgsterett 2021, HR-2021-1975-S).

Sidan eg undersøker kva plass klimaomsynet har i avvegingane etter konsesjonsreglane, er det også grunn til å sjå på kva lovgivar har sagt om klimaomsynet og arealplanlegging. Denne delen av temaet har fått ny aktualitet etter vedtaket på Stortinget hausten 2020 (Innst. 101 S (2021-21 Vindkraft på land)). Kort sagt har Stortinget bedt regjeringa koma med eit framlegg for igjen å innlemma planlegging av vindkraftverk i den alminnelege kommunale arealplanlegginga. Utviklinga *kan* naturleg nok lesast

som eit svar frå dei folkevalde på den nemnde motstanden mot etablering av vindkraftverk.

I det vidare skisserer eg nokre sentrale føresetnader for drøftinga. Eg ser først på utvalde internasjonale plikter, norsk klimapolitikk- og rett og einskilte utgangspunkt som styrer vern om naturmiljøet. Deretter diskuterer eg tilhøvet til plan- og bygningslova og anna rammestyring. Ei underproblemstilling her er korleis forvaltningssystemet i vassforskrifta kan påverka kva vekt klimaomsynet kan få i saker som gjeld konsesjonar til nye vasskraftverk. Eg går så vidare med drøftinga av relevans og vekt på klimaomsynet i konsesjonslovene. Etter dette seier eg noko om tilhøvet mellom klimaomsynet og naturmangfaldlova. Heilt kort peikar eg også på dei ulike rammevilkåra for verdiflyt frå vasskraft og vindkraft-etableringar. Til slutt vil eg koma med nokre konklusjonar og refleksjonar med omsyn til handteringa av klimaomsynet innanfor konsesjonsreglane i lys av legitimitetsmarkørane.

Føresetnader for drøftinga – frå internasjonale plikter til norsk klimapolitikk

I diskusjonen av kva plass klimaomsynet har i konsesjonsreglane, er det grunn til å peika på nokre energi- og klimapolitiske haldepunkt. Eg presenterer desse for å visa noko av konteksten skjønnsutøving etter konsesjonslovene skjer innanfor i dag. Av omsyn til samanhengen peikar eg også på einskilte rettslege utgangspunkt for å handtera klimaomsynet innleiingsvis. Frå klimapanelet til FN går det fram at dersom utsleppa ikkje blir kraftig redusert, så risikerer vi ei gjennomsnittleg global oppvarming på mellom 3,7 og 4,8 grader innan 2100 (Klima- og miljødepartementet, 2014, avsnitt 2.1). Risikoen kan reduserast, delvis gjennom å tilpassa oss dei klimaendringane som kjem, men også ved å redusera globale utslepp. Med det kjem vi til temaet auka produksjon av fornybar energi. Auka produksjon av fornybar energi er i Noreg eit krevjande tema både politisk og juridisk. Ei årsak er at elektrisitet allereie har ei viktig rolle i det norske energisystemet. Norsk energi- og klimapolitikk kan heller ikkje sjåast lausrive frå utviklinga i EU. Gjennom EØS-avtalen

får reguleringar i EU ein direkte påverknad både på energi- og klimapolitikk, og som vi skal sjå, også på våre rettslege rammeverk for energi- og klimapolitikken. I norsk politikk finn vi blant dei prioriterte områda både satsing på lønsam utbygging av fornybar energi og næringsutvikling og verdiskaping gjennom effektiv bruk av fornybarressursar (Olje- og energidepartementet, 2015, avsnitt 1.1). Denne lina er ytterlegare framheva i den nye energimeldinga (Olje- og energidepartementet, 2021, særleg avsnitt 3). Regjeringa peikar også i den nye klimaplanen på at skal vi nå klimamåla, så må fleire sektorar elektrifiserast (Klima- og miljøverndepartementet, 2020, s. 18).

Den sentrale internasjonale avtalen for å jobba mot klimaendringane er Parisavtalen, ratifisert av Noreg 22. april 2016. Etter avtalen er målet å halde den globale oppvarminga under 2 °C over før-industrielt nivå. I Noreg har vi lovfesta pliktene våre etter Parisavtalen i klimalova (Klimalova, 2017). Klimalova skal fremja gjennomføring av klimamålet som del av omstillinga til eit lågutsleppssamfunn i Noreg i 2050. Verkeområdet til lova er «de utslipp og opptak av klimagasser som omfattes av Norges første nasjonalt fastsatte bidrag under Parisavtalen ...», jf. § 2 i lova. Kva rolle produksjon av fornybar energi i Noreg skal spela på vegen mot eit lågutsleppssamfunn, seier lova likevel ikkje noko direkte om.

Stortinget gjekk den 17. juni 2019 inn for ei felles løysing for gjennomføring av klimatiltak med EU. Fellesløysinga har tre grunnpilarar. Vi held fram med ein felles kvotemarknad, som vi har hatt sidan 2008. Det reviderte kvotedirektivet blir på vanleg måte ein del av EØS-avtalen. Talet på kvotar som er tilgjengelege, blir gradvis redusert, og skal i 2030 vera 43 prosent lågare enn 2005-utsleppa frå sektorane som er omfatta. Nettopp kvoteplikt er eit hovudgrep i europeisk og norsk politikk. Eit anna viktig grep er CO₂-avgift. Med fellesløysinga vil også rettsreglar som gjeld ikkje-kvotepliktig sektor, bli gjort gjeldande. Den tredje grunnpilaren er regelverket om skog og arealbruk. Regelverket set krav om at det skal vera netto-null utslepp frå skog og andre areal. Eg går ikkje nærare inn på detaljane i regelverket her. (For ei oversikt over EUs klimarett og Norges klimaavtale med EU sjå Kroepelin og Bugge, 2021.)

Grunnlova § 112 til vern om både klima og natur

Både klima og natur er omsyn som har eit vern på eit juridisk overordna nivå i Grunnlova § 112. Her skal eg berre peika på einskilde utgangspunkt for forståinga av Grl § 112. Etter første ledd første punktum er det slik at alle har rett til eit «helsesamt miljø og ein natur der produksjonsevna og mangfaldet blir haldne ved lag». I første ledd andre punktum er det understreka at naturressursane skal forvaltast i eit langsiktig perspektiv, som også tryggjar retten for komande generasjonar. Det siste er ikkje minst viktig i klimasamanheng. Etter klimadommen er det ikkje tvilsamt at Grunnlova § 112 også femner om klimaomsyn (Høgsterett, 2020, avsnitt 147). Grunnlova § 112 andre ledd gir uttrykk for at alle borgarar i Noreg har rett på tilgang til *kunnskap* om naturmiljøet, og om verknader av planlagde og iverksette inngrep i naturen, for at ein skal kunna tryggja den materielle retten til eit reint miljø. Tredje ledd i grunnlovsføresegna regulerer plikta staten har til positivt å setja i verk tiltak som kan gjennomføra rettane (målsetjingane) sett ned i første og andre ledd i Grunnlova § 112.

Eit viktig spørsmål har vore om Grl § 112 verkeleg gir uttrykk for ein «rett»? I klimadommen blir det lagt til grunn at pliktene for staten etter Grl § 112 strekkjer seg lenger enn rettane individ kan fremja med grunnlag i § 112 (Høgsterett, 2020, avsnitt 91). Viktig å få med seg er det likevel at det i Høgsterett er semje om at Grl § 112 ikkje berre er ei rein prinsippklæring (Høgsterett, 2020, avsnitt 144). Utfordringa er sjølv sagt kor langt domstolane skal kunna overprøva forvaltninga med grunnlag i Grl § 112. I saka som var oppe til Høgsterett, vart det lagt til grunn at vedtaket i realiteten var treft av Stortinget («... eit vedtak som på avgjerande vis byggjer på samtykke frå Stortinget») (Høgsterett, 2020, avsnitt 81). Dermed kom spørsmål om maktfordeling på spissen. Kor langt skal domstolane gripa inn når dei folkevalde har sagt sitt om saka? For tilfella der dette er utgangspunktet for domstolsprøvinga, seier Høgsterett at Grl § 112 berre er som ein tryggingsventil å rekna. Høgsterett understrekar tilnærminga ved å syna til at terskelen fylgjeleg er «svært høg» for spørsmål som Stortinget har teke stilling til (Høgsterett, 2020, avsnitt 81). For forvaltningsvedtak som Stortinget *ikkje* har vore involvert i er Grl § 112 relevant for lovtolkinga og eit tvunge omsyn i

skjønnsutøvinga (Høgsterett, 2020, avsnitt 145). Særleg det siste er jo eit heilt sentralt poeng for temaet i artikkelen her som er kjenneteikna av breie skjønnsfullmakter til forvaltninga. For forvaltningsvedtak som Stortinget ikkje har vore involvert i, er det dessutan verdt å merka seg at Høgsterett uttrykkeleg sa at dei ikkje gjekk inn på spørsmålet om kor inngåande slik vedtak skal prøvast.

I klimasøksmålet var eit viktig spørsmål om verknadene av opning for petroleumsverksemd i eit bestemt område var for dårleg utgreidde. Høgsterett presiserer at det ikkje er same grunn for å vera tilbakehalden i om organet har gjort dei avvegingane som Grl § 112 tredje ledd jf. første ledd krev (Høgsterett, 2020, avsnitt 182). I prøvinga av sakshandsaminga skal altså ikkje domstolane vera tilbakehaldne (Backer, 2021, avsnitt 4). Høgsterett framhevar også at Grl § 112 andre ledd set eit kvalitetskrav til sakshandsaminga (Høgsterett, 2020, avsnitt 183). I tillegg uttrykkjer Høgsterett eit krav til sakshandsaminga som synest som eit proporsjonalitetskrav. Kravet rettar seg både mot sakshandsaminga i forvaltninga, og mot prøvinga av sakshandsaminga i domstolane. Konkret seier Høgsterett at: «Di større konsekvensar eit vedtak har, di strengare krav må det stillast til avklaringa av konsekvensane. Tilsvarande må domstolsprøvinga av sakshandsaminga blir meir inngåande di større konsekvensar tiltaket har». Korleis konsekvensar skal vurderast, seier likevel ikkje Høgsterett noko om. Heilt klart må det likevel vera at både natur- og klimaomsyn er relevante også i denne vurderinga. Eg vil koma attende til Grl § 112 og klimasøksmålet der dommen synest å klargjera eller endra rettstilstanden for spørsmål som fell innanfor temaet i kapitlet.

Internasjonale plikter til vern om naturgrunnlaget – og klimaet

Det er ikkje berre omsynet til klimaet som er ivareteke på eit overordna internasjonalt nivå. Også naturgrunnlaget er verna gjennom ulike slag internasjonalt bindande avtaler. IPBES-rapporten frå FN sitt naturpanel som kom 6. mai 2019, understrekar alvoret for naturen (IPBES, 2019). Sentral i dag er FN-konvensjonen om biologisk mangfald frå 1992. Konvensjonen gir statane omfattande og generelle plikter til å verna om naturen

(Bugge, 2019, s. 81). Viktige er også Den europeiske landskapskonvensjonen, Bernkonvensjonen (europeisk konvensjon om vern av ville planter og dyr og deira naturlege leveområde) og Ramsarkonvensjonen (våtmarks-konvensjonen). Døme på at også EØS-retten er viktig for naturvernet, er reglane om konsekvensutgreiingar, og for vassmiljøet, som vi snart skal sjå, vannrammedirektivet (direktiv 2011/92, seinare endra ved direktiv 2014/52, og direktiv 2001/42 og direktiv 2000/60). Andre meir allmenne EØS-rettslege krav til sakshandsaminga går eg ikkje inn på i det vidare. Ei viktig presisering er det at EØS-rettslege reglane om konsekvensutgreiingar set krav til å gjera greie for klima- og miljøomsyn både på overordna nivå og tiltaksnivå. Sistnemnde gav også grunnlag for ein dissens i klimasøksmålet i Høgsterett. Mindretalet fann at sakshandsaminga *ikkje* tok tilfredsstillande omsyn til å gjera greie for klimaomsynet på opningstidspunktet. Tilnærminga til mindretalet synest å ha gode argument i rettskjeldene på området. Det å skyta ut utgreiinga av klimaverknadene nærare konsesjonstidspunktet synest i alle høve vanskeleg å sameine med intensjonen med plandirektivet (Høgsterett, 2020, avsnitt 269; Arnesen, 2021, s. 2–3; Bjørnebye, 2021, s. 169). I same retning trekkjer utsegner om at konsekvensutgreiing på tiltaksnivå ikkje kan koma til erstatning for konsekvensutgreiingar på plannivå (EU-domstolen, C-671/16 avsnitt 61 og 65). Det er dessutan viktig å ha med seg at klimaendringane sterkt forverrar situasjonen med omsyn til for eksempel kor mange artar som vil vera utryddingstrua, og øydelegging av økosystem. Å arbeida mot klimaendringane er altså også avgjerande av omsyn til naturgrunnlaget (IPBES, Summary for policymakers, 2019, s. 13).

Tilhøvet til plan- og bygningslova og anna rammestyring

Eg vil no undersøka korleis tilhøvet til arealplanar, eller anna planlegging, påverkar kva relevans og vekt klimaomsynet har i konsesjonsregelverket. Samanhengen med anna arealforvaltning, og særleg tilhøvet til kommunen som arealforvaltningsaktør, kan påverka i kva grad vedtak treft med heimel i konsesjonsreglane blir oppfatta som legitime. Det siste spørsmålet kjem eg tilbake til avslutningsvis i kapitlet.

Konsesjonslovene og plan- og bygningslova

Det kommunale sjølvstyret som verdi er i dag teikna ned i Grunnlova § 49. Ei viktig oppgåve for kommunen er nettopp å driva samfunns- og arealplanlegging. Det kan dessutan vera ei spenning mellom verdiane i Grl § 112 og Grl § 49. Kommunalt sjølvstyre føreset at kommunane må ha eit handlerom med fleire alternativ, medan omsynet til naturen på den andre sida kan tilseia at visse interesser må ha ei særleg prioritering og gjennomslag både ved planlegging og i einskildvedtak (Fauchald & Myklebust, 2019, s. 201).

Som vi skal sjå, er særlege «køyrereglar» for ansvarsdelinga mellom sektorstyresmaktene og kommunane innanfor arealforvaltninga lovfesta i plan- og bygningslova (pbl.). Desse syner at det alminnelege utgangspunktet om kommunen som sentral aktør i arealforvaltninga lenge har hatt lite gjennomslag på området for energiforvaltninga. Med bakgrunn i motstand mot vindkraft, og mykje debatt landet rundt, har Stortinget, som nemnt innleiingsvis, bedt regjeringa koma med eit framlegg som igjen integrerer produksjon av vindkraft i plan- og bygningslova (Innst. 101 S (2021-21 Vindkraft på land)).

Miljøomsyn og berekraftig utvikling er eit sentralt formål med plan- og bygningslova jf. § 1-1. Etter vanleg språkleg forståing i dag vil omgrepet «berekraftig utvikling» også omfatta klimaomsynet. Ei slik forståing er i godt samsvar med at klimaproblemet er omtala som den første utfordringa om «[e]nkelte hovedproblemstillinger» i proposisjonen til lova (Miljøverndepartementet, 2007, s. 26).

Lovgivar har uttrykt at pbl. § 3-1 nemner dei «... viktigste hensynene som skal ivaretas med planlegging etter loven, og gjør det tydeligere hva loven skal være et virkemiddel for å oppnå, og hva som er de viktigste samfunnsoppgaver loven skal bidra til å løse. Uttrykkene som er valgt skal forstås i vid betydning, og er heller ikke en uttømmende liste over relevante formål og hensyn i forståelsen av loven» (Miljøverndepartementet, 2007, s. 179). Lova nemner klimaomsynet klarast i § 3-1 bokstav g, som seier at ein gjennom planarbeid *skal* ta omsyn til klimaet gjennom *reduksjon* av klimagassutslepp og *tilpassing* til forventa klimaendringar, under dette løysingar for energiforsyning, areal og transport. Ordlyden i § 3-1 bokstav g vart utvida så seint som i 2019 av pedagogiske grunnar. Ein

rekna reduksjon av klimagassutslepp og tilpassinga til klimaendringar som relevante omsyn tidlegare også, men med lovendringa går dette direkte fram av lovteksten. (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2018, s. 14; for meir allment om plan- og bygningslova og klimaspørsmålet sjå Holth, 2021.)

Sentralt i spørsmålet om bruk av areal til produksjon av fornybar energi, og spørsmålet om kva plass klimaomsynet har i arealplanlegginga, er også § 3-1 første ledd bokstav b. Her heiter det at planar skal «sikre jordressursene, kvaliteter i landskapet og vern av verdifulle landskap og kulturmiljøer». Etter proposisjonen er eit hovudformål med planlegging å fremja balanse mellom det økologiske, økonomiske, sosiale, helse- og kultur mål og verdiar. Same stad finn ein også uttrykt at i berekraftig utvikling ligg eit mål om rettferd mellom oss som lever i dag, og framtidige generasjonar (Miljøverndepartementet, 2007, s. 179). Intensjonen til lovgivar var at ein skulle få til å ta desse omsyna til for eksempel jordvern, landskap, kulturverdiar og natur gjennom «helheten i planleggingen».

I spørsmål om eit areal er aktuelt for utbygging av vind- eller vasskraftverk, har kommunen som planstyresmakt til trass for desse uttrykte ambisjonane lenge hatt ei redusert rolle i plansystemet. Og det er jo nettopp den norske utmarka, nokon sitt turområde eller kanskje beitemark, som til no har vore ressursgrunnlaget for slike utbyggingar.

Etter pbl. § 1-3 andre ledd, jf. energilova § 3-1, gjeld berre reglane om kart i kapittel 2 og krava til konsekvensutgreiinga i kapittel 14, for omformingsanlegg og overføringsleidningar. Unntaket gjeld overføringsanlegg bygt med heimel i anleggskonsesjon, jf. energilova § 3-1 første ledd (Winge, 2013, s. 389 flg.). Nettanlegg som har områdekonsesjon etter energilova, § 3-2 er ikkje omfatta av unntaket (Miljøverndepartementet, 2007, s. 249). Dette unntaket gjeld altså ikkje for *produksjonsanlegg*, som er temaet her (Miljøverndepartementet, 2007, s. 249).

Alle kommunar skal i utgangspunktet ha rettsleg bindande arealplanar for heile arealet i kommunen, jf. pbl. § 11-5. Eit areal der eit vindkraftverk er under planlegging, kan dermed typisk vera omfatta av ein arealplan. Er det eit utmarksareal, er det gjerne merka som LNFR-område, jf. pbl. § 11-7 nr. 5. For at etablering av vindkraftverk skal koma i samsvar med dei kommunale arealplanane i eit LNFR-område, er dermed omregulering

eller dispensasjon, jf. § 19-2, frå plan naudsynt (Miljøverndepartementet, 2007, s. 41–42).

I førearbeida er uttrykksforma at kommunen «kan velje» å omregulere eller gi dispensasjon, valt. Uttrykksforma er vanskeleg å forstå om ein ikkje ser vidare på unntaksreglane vi har i dag for energisektoren, og korleis bruk av statleg plan er «normalisert» som styringsmiddel, jf. pbl. § 6-4 tredje ledd. Så langt har kommunen likevel framleis innverknad, og moglegheit for å prioritere mellom bruk som kan vera klimavenleg, anna bruk og vern om naturgrunnlaget, også ved etablering av vindkraftverk eller vasskraftverk.

Ei utfordring, sett frå ståstaden til kommunen og kanskje også dei lokale utmarksbrukarane, er altså at staten har tilgjengeleg verkemiddel som kan overstyra det kommunale planarbeidet. Etter plan- og bygningslova § 6-4 tredje ledd kan departementet (Olje- og energidepartementet, jf. forskrift av 26. juni 2009) bestemma at «endeleg konsesjon» til kraftproduksjonsanlegg etter energilova, vassressurslova og vassdragsreguleringslova skal ha verknad som statleg arealplan (Winge, 2013, s. 394 flg.). Eit vedtak *om* at konsesjon skal ha verknad som statleg arealplan, kan dessutan verken påklagast eller møtast med motsegn, jf. pbl. § 6-4 tredje ledd andre punktum.

Bruk av statleg arealplan er ei unntaksordning i plansystemet (Miljøverndepartementet, 2007, s. 198). Motivet bak føresegna er å unngå at det blir sett i gang kommunale planprosessar i strid med gitte konsesjonar for energiproduksjonsanlegg. Det er også sagt at føresegna kan vera aktuell å bruka der det er gitt konsesjon, men kommunen likevel ikkje ynskjer å regulere i samsvar med konsesjonen eller å gi naudsynt dispensasjon frå arealplan (Miljøverndepartementet, 2007, s. 198). Blir statleg plan vedteken, går den føre ein arealplan med eventuelle motstridande arealformål, jf. plan- og bygningslova § 1-5 andre ledd. Isolert kan ein sjå det slik at ordninga på ein effektiv måte er eigna til å fremja nettopp klimaomsynet gjennom tilrettelegging for fornybar energi. Om ordninga på den andre sida er eigna til å sikra dei gode avvegningane mellom brukarinteresser, miljøinteresser og klimaomsyn på ein tillitvekkjande måte, er eit meir ope spørsmål.

Isolert synest kompetansen til å gjera konsesjon gjeldande som statleg plan seg uavhengig av dei alminnelege vilkåra for å vedta statleg plan i

§ 6-4 første ledd, men her er det nok rom for tolkingstvil. Vilkåra for å nytta statleg arealplan er i § 6-4 første angitt å vera «[n]år gjennomføringen av viktige statlige eller regionale utbyggings-, anleggs- eller vernetiltak gjør det nødvendig, eller når andre samfunnsmessige hensyn tilsier det ...» Til samanlikning er det i andre ledd i § 6-4 nettopp presisert at vilkåra i første ledd også gjeld når departementet sjølv vil vedta statleg arealplan. Andre har hevda at dei alminnelege vilkåra i første ledd nok også må vera oppfylt ved bruk av kompetansen i § 6-4 tredje ledd (Fauchald, 2020, s. 16 og Fauchald, 2021, s. 609). Ut frå ordlyden og strukturen i § 6-4 kan ei anna forståing vera at vilkåra i første ledd nettopp *ikkje* gjeld for desse konsesjonssakene. Etter mi oppfatning kan dei uttalte formåla som er å unngå kommunale planprosessar i strid med gitt konsesjon eller unngå fastlåste situasjonar der kommunen ikkje vil omregulere eller dispensere frå også tala for ei slik forståing (Miljøverndepartementet, 2007, s. 198). I praksis vil ein likevel gjerne finna at vilkåra i § 6-4 første ledd *er* oppfylt i saker der det er gitt konsesjon etter dei nemnde lovene (Fauchald, 2020). I dei fleste tilfelle vil jo nettopp dei konsesjonsgitte tiltak vere eigna til å falle inn under vilkåra i første ledd. Etter førearbeida er det jo dessutan tale om «en vid skjønsmessig adgang for staten til å utarbeide statlig plan» (Miljøverndepartementet, 2007, s. 198).

For å handtera utfordringar mellom prioriteringar på kommunalt og statleg nivå er motsegn («innsigelse») det alminnelege verkemiddelet, jf. pbl. §§ 5-4 til 5-6. Reglane om motsegn i plan- og bygningslova gjeld så langt dei passar, for konsesjon etter energilova § 3-1 jf. energilova § 2-1 sjuande ledd, vassressurslova § 24 tredje ledd og vassdragsreguleringslova § 12 andre ledd. For at verkemiddelet motsegn skal vera effektivt, må det finnast styringssignal som statlege planretningslinjer, regionale planar eller anna som kan gi uttrykk for kva som er rekna som nasjonale eller vesentlege regionale prioriteringar, jf. pbl. § 5-4 første jf. femte ledd (Klima- og miljødepartementet, 2017). Kva som ligg i at reglane om motsegn gjeld «så langt dei passar», er heller ikkje heilt godt å seia. Dynamikk og saksgang vil vera ganske ulik frå situasjonar der statleg overordna organ gir motsegn mot ein t.d. kommunal plan for å sikra interesser av nasjonal verdi. Motsegn-instituttet må altså tilpassast konsesjonsprosessen. I førearbeida er det skissert at motsegn bør varslast når saka er på

høyring (Miljøverndepartementet, 2007, s. 248). Sjølv om det kan vera uklart kor langt reglane passar, oppfattar eg det slik at reglane medverkar til å sikra at ei større breidde av omsyn blir ivareteken også i konsesjons-sakene.

Etter kvart som betre kunnskap om kva type naturområde som ikkje bør byggjast ned av klimaomsyn, veks fram, eller eventuelt eksisterande utmarksbruk, som blir oppfatta som klimavenleg og dermed ikkje bør hindrast, kan vera omsyn som er eigna å ta med i overordna retningslinjer (sml. Olje- og energidepartementet, 2019, s. 67–68). Visse føringar på eit heilt overordna nivå finst alt i SPR for klima og energitilpassing (Kommunal og moderniseringsdepartementet, 2018). Kanskje kunne det å utforma noko meir konkrete retningslinjer, etter modell av SPR for strandsoner, jf. pbl. § 6-2, for å sikra både klimaomsynet og andre naturverdiar i energisaker, vera ein alternativ veg å gå om styresmak-tene ville ha ei sterkare styring av avvegingane av desse omsyna, utan at ein heilt koplar av det lokale arealforvaltningsnivået (sml. Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2021, SPR). I ny stortingsmelding om vindkraft er det også uttalt at ein ynskjer at avvegingane i konsesjons-saker skal bli meir transparente (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 35–36). Samtidig vil det nok ganske sikkert by på utfordringar om ein søker å koma med meir konkrete prioriteringar på eit slikt overordna nivå. Til illustrasjon kan nemnast at Stortinget stemde ned forslag om å laga eit forbod mot nedbygging av myrområde handsaminga av vindkraftmeldinga hausten 2020 (Stortinget, 2020, viteringsoversikt). I førearbeida er det også sagt at ein ikkje legg opp til mekling hjå anna forvaltningsorgan, slik opplegget elles er etter plan- og bygningslova jf. § 5-6 første ledd første punktum i motsegn-saker. Grunngivnaden for denne løysinga byggjer på at konsesjonsstyresmakta skal gjera ei heilskapleg avveging av alle relevante omsyn av lokal, regional og nasjonal karakter (Miljøverndepartementet, 2007, s. 248). Om ei motsegn ikkje får medhald, heilt eller delvis, så kan konsesjonsstyresmaktene likevel gi konsesjon. Motsegna vil da ha den verknaden at konsesjonsvedtaket ikkje blir endeleg (Miljøverndepartementet, 2007, s. 42). Gjeld motsegna ein konsesjon etter energilova og NVE er vedtaksorgan, må dermed vedtaket oversendast til Olje- og energidepartementet (Miljøverndepartementet,

2007, s. 248). Organ som kan gi motsegn etter desse reglane, kan dessutan gjera bruk av forvaltningsklage, jf. vassdragsreguleringslova § 12 andre ledd andre setning, energilova § 2-1 sjuande ledd fjerde setning og vassressurslova § 24 tredje ledd andre setning.

Kommunen set etter pbl. § 12-1 andre ledd krav om at det blir utarbeidd reguleringsplan, anten fordi lova krev det, eller fordi det fylgjer av arealdelen i kommuneplanen. Større byggje- og anleggstiltak krev i utgangspunktet reguleringsplan, jf. 12-1 tredje ledd. For konsesjonspliktige anlegg for produksjon av energi etter energilova, vassressurslova eller vassdragsreguleringslova, jf. også § 12-1 tredje ledd, tredje setning er det unntak frå kravet om reguleringsplan.

Då plan- og bygningslova vart vedteken med desse særreglane for energiproduksjonsanlegg, var omsynet til arealplanlegginga meint ivareteken dels gjennom regional planlegging. Slik planlegging var sett på som viktig for å få til den mest eigna lokaliteten til anlegga. I førearbeida er det vist til at det er utarbeidd retningsliner for regional planlegging både for vindkraft og vasskraft (Miljøverndepartementet, 2007, s. 40–41). Førearbeida understrekar dessutan at sektorstyresmaktene må vektleggja eventuelle kommunale arealplanar eller reguleringsplanar i konsesjonsarbeidet (Miljøverndepartementet, 2007, s. 40–42). Som vi skal sjå nedanfor, kan det synast som denne føresetnaden om bruk av regional planlegging ikkje har blitt heilt som ein såg føre seg. Stortingsmeldinga for vindkraft gav ikkje bod om nokon ny giv for kommunen som arealforvaltar i område der det blir søkt om å etablere vindkraft. Ynske om sterkare *involvering* av kommunane var likevel uttrykt (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 30), men framleis slik at ei sterk sektorstyring framleis var prioritert. Stortinget ville det likevel som nemnt annleis og bad regjeringa koma med eit framlegg om korleis ein kan ta handsaming av vindkraftverk inn igjen i plan- og bygningslova (Stortinget, 2020, Vedtak i korthet).

Eit oppheva planverktøy: Samla plan for vassdrag

Samla plan for vassdrag var i mange år eit sentralt forvaltningsverktøy for prioritering av vasskraftverk. Planarbeidet kom nok dels i gang som eit svar på dei mest konfliktfylte utbyggingssakene, slik som kraftutbygginga

i Alta-vassdraget (Vinjar & Rosvold, 2018). Målet med Samla plan var å få til ei samla, nasjonal forvaltning av vassdraga. I Samla plan var metoden at ein søkte å sortere vasskraftprosjekt ut frå konfliktgrad med ulike brukarinteresser halde saman med kraftverksøkonomi. Opplegget var at prosjekta med best økonomi, og med lågast konfliktgrad kunne konsesjonshandsamast. Dei meir konfliktfylte eller «kostbare» tiltaka kunne ikkje konsesjonshandsamast (NVE, 2020). Det var dessutan mogleg å søke om fritak frå Samla plan for prosjekt som ikkje var klarert. Både omplassering og fritak vart handsama av Miljødirektoratet i samråd med NVE.

Kroken på døra for Samla plan for vassdrag kom i 2015–16, med stortingsmeldinga *Kraft til endring*. Der vart det foreslått å avvikla heile Samla plan (Olje- og energidepartementet, 2015, s. 188–189). I stortingsmeldinga vart det sagt at Samla plan har vore eit nyttig verktøy for å redusera konflikta i norsk vasskraftutbygging, og at planane har gitt ei god oversikt over ressursane. No meinte ein likevel at nytten var liten, og at planen ikkje var oppdatert på mange år. Kunnskap om miljøstatus i vassdraga som kom fram i arbeidet med «vannområdeplanar», sjå nedanfor, var trekt fram som eit argument for at behovet for Samla plan no var mindre. I stortingsmeldinga der avviklinga vart foreslått, vart det dessutan sagt at relevant kunnskap frå planarbeidet framleis kan nyttast.

Samtidig vart det fremja eit forslag om at det burde greiast ut om ein skulle ha eit lovgrunnlag for sokalla tidleg avslag på konsesjonssøknader (Olje- og energidepartementet, 2015, s. 189 og 195). Ideen var at prosjekt som ein såg kunne ha «vesentlige negative virkningar for miljø eller annan arealbruk eller har svak prosjektøkonomi», burde avisast tidleg i prosessen. Tanken var at eit slikt opplegg med tidleg avslag fekk litt av den same funksjonen som Samla plan hadde hatt.

Etter forskrift om konsekvensutgreiingar § 15 fjerde ledd er det også vedteke ein heimel for å la vera å senda melding med forslag til utgreiingsprogram viss den vidare sakshandsaminga er stansa «i samsvar med reglene i loven» saka blir handsama etter. Så langt kan eg ikkje sjå at det i dei relevante sektorlovene finst heimlar for slik stans av sakshandsaminga tidleg i prosessen. Forslaget om å førebu ein lovheimel for tidleg avslag for vindkraftsaker er teke opp att av NVE i ein rapport frå januar

2020, og er no fylgt opp i stortingsmelding (Bjerkestrand mfl., 2020; Olje- og energidepartementet, 2019, s. 32–33). Heimel for å stansa sakshandsaminga finst i konsekvensutgreiingsforskrifta § 16 tredje ledd. Ei slik avgjerd skal grunngivast, og er sjølvstøtt alvorleg for søkar. I realiteten vil nok ei avveging og grunngeving etter denne regelen ikkje skilja seg så mykje frå eit endeleg avslag etter den aktuelle sektorlova. Ein ting er at «funksjonen» kan vera den same, mellom tidleg avslag og avslag på utbygging som fylgje av Samla plan. Oppfatningar og tillit til vedtaka kan likevel vera ulike. Samla plan var eit verktøy som låg der over tid, og som var relativt breitt forankra både lokalt og nasjonalt. Slik kunne verktøyet nettopp vera eigna til å gi legitimitet til avgjerder. Moglegheita for at det blir gitt eit slikt tidleg avslag hjå sektorstyresmakt, vil etter mi oppfatning vanskeleg kunna nå dette formålet.

Regionale planar for vindkraft og småkraft

I plan- og bygningslova kapittel 8 er det reglar for regionale planar. Fylkestinget vedtek som hovudregel dei regionale planane, jf. plan- og bygningslova § 8-2 og 8-4 første ledd jf. § 3-4. Regionale planar har, jf. pbl. § 3-4, til formål å stimulera til den «fysiske, miljømessige, helsemessige, økonomiske, sosiale og kulturelle utviklingen i en region». Både statlege organ og andre kommunar kan på nærare vilkår, jf. pbl. § 8-4, krevja at handsaminga av den regionale planen blir teken inn til departementet. Etter § 8-4 andre ledd har departementet kompetanse til å gjera dei endringane som «finnes påkrevd».

Regionale planar skal «legges til grunn» for både regional, statleg og kommunal planlegging, jf. § 8-2. Føresegna er meint å gi føringar for vidare planlegging (Miljøverndepartementet, 2007, s. 200). Ei utfordring er det likevel at det ikkje er heilt klart kva føringar omgrepet «legges til grunn» gir for skjønnet til forvaltninga. For vindkraftsaker og småkraftsaker spesielt har det i den seinare tid dessutan kome signal om at det skal leggjast vekt på fylkeskommunal planlegging i konsesjonsprosessar (Kommunal- og forvaltningskomiteen, 2018). Liknande signal kan lesast i den nye stortingsmeldinga om vindkraft på land. Samtidig kan det nok synast som moglegheita for å inkludera og adressera eit mangfald av interesser som ein regional plan gir, ikkje blir teken heilt

på alvor. I alle høve blir det argumentert for at eit opplegg med «regionvis samlet behandling kan avlaste behovet for regionale planer». Korleis dette vil fungera, avheng av om ein i praksis lukkast med målet om å inkludera fylkeskommunen meir aktivt i sakshandsaminga av konkrete vindkraftsaker (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 33). Med vedtaket om å finna ei løysing for igjen å handsama vindkraft etter plan- og bygningslova (Stortinget, 2020, Vedtak i korthet) kan også regionale planar bli viktigare for plan- og konsesjonsprosessane. Regionale planar kan, om dei fungerer etter intensjonen, spela ei rolle for å sikra klimaomsynet i avvegingane innanfor forvaltningsskjønnet til sektorstyresmaktene, og slike planar kan vera med å sikra balansen mellom bruk og vern på eit meir overordna nivå.

I 2007 vart regionale planar lansert som eit viktig verktøy for å koordinera ulike interesser og administrasjonsnivå både i småkraftsaker og i vindkraftsakene (Miljøverndepartementet, 2007, T-1458/2007). Som vi såg, var noko av forklaringa på at kommunen vart sett på «sidelinja» i vind- og vasskraftsaker, at omsynet til arealplanlegginga skulle ivareta kast gjennom regionale prioriteringar. For vindkraft har bruk av regionale planar for å styra utviklinga med omsyn til vindkraftutbygging vore ein klar intensjon frå lovgivar si side (Wiig mfl., 2019, s. 4). Likevel ser vi at berre seks av (den gong) nitten fylke utarbeidde slike planar (Wiig mfl., 2019, s. 5, 9). Ifylgje vindkraftmeldinga er det tale om sju planar (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 33). Så langt eg er kjent med, vart regionale planar (fylkesdelplan) for småkraftverk utarbeidd i berre to fylke, og etter det eg forstår, har ikkje NVE ei full oversikt over kvar det vart utarbeidd slike planar. Dei regionale planane for vindkraft vart dessutan berre i varierende grad vektlagt i konsesjonsprosessen, og tilhøvet mellom regionale planar og konsesjonsprosessen synest uavklara (Wiig mfl., 2019, s. 5, 34).

Kommunen som talsmann for lokale omsyn har altså fått mindre å seia. Dette fråværet synest ikkje å vera erstatta av avvegingar av arealbruken på regionalt nivå. Dermed er både materielle avvegingar mellom klima- og miljøomsyn og prosessar der folkevalde på kommunalt eller regionalt nivå har det siste ordet svekte. I lys av dette er det særleg interessant at også NVE i den nemnde rapporten «Konsesjonsprosessen

for vindkraft på land» tek til orde for at det bør vurderast korleis lokal og regional planlegging kan få ei meir sentral rolle i vindkraftsaker enn tidlegare. Forslaget er frå NVE si side særleg motivert av behovet for å sikra lokal forankring og auka tillit til konsesjonsprosessane (Bjerkestrand mfl., 2020, s. 18, 46). Det blir peika på at slike planar *ikkje* er ein føresetnad for konsesjonshandsaminga, ilag med at ein altså ser føre seg at konsesjonsstyresmaka si regionvise handsaming av sakene kan «avlaste behovet for regionale planer» (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 33). Regionvis sakshandsaming med ei sterkare inkludering av fylkeskommunen kan altså vera aktuelt. Kjem slik sakshandsaming som erstatning for lokal og regional planlegging, vil framleis det demokratiske elementet i at konsesjonsvedtaka blir vedtekne med grunnlag i lokale planar, mangla. Klimaomsynet kan bli vurdert også hjå sektorstyresmaktene med ei slik regionvis sakshandsaming. Avvegingar mellom klimaomsynet og andre omsyn på regionalt nivå vil slik eg ser det, framleis ha ei dårlegare forankring enn gjennom formell bruk av regionale planar. Avhengig av korleis pålegget frå Stortinget om igjen å inkludera vindkraft i plan- og bygningslova blir fylgt opp, kan det også sjå ut som desse breiare avvegingane no *kan* bli ivaretekne gjennom regional planlegging.

Vassrammedirektivet implementert gjennom vassforskrifta

Eg vil også heilt kort reisa spørsmål om korleis forvaltningssystemet i vassforskrifta kan påverka kva vekt klimaomsynet kan få i saker som gjeld konsesjonar til nye vasskraftverk (Vassforskrifta, 2006). Vassforskrifta implementerer vassrammedirektivet i norsk rett (EU, direktiv 2000/60/EF). Eg peikar her berre på nokre utgangspunkt for vurderinga.

Verkemiddelet for å nå miljømåla etter vassforskrifta er vassområdeplanar med tilhøyrande tiltaksprogram. Alle nye tiltak i vassdrag som kan medføra at miljømåla i §§ 4-7 i forskrifta ikkje blir nådd, eller at miljøtilstanden blir dårlegare («tilstanden forringes»), må vurderast etter vilkåra i vassforskrifta § 12. EU-domstolen har lagt til grunn at både plikta til å hindra at miljøtilstanden blir dårlegare, og plikta til å betre miljøtilstanden er rettsleg bindande (EU-domstolen, C-461/13, Weser og Havs och vattenmyndigheten, 2016).

Årsaka til at miljømåla ikkje blir nådd, eller at tilstanden blir «forringa» etter § 12 første ledd bokstav a, må anten skuldast nye endringar i dei fysiske eigenskapane til ein overflatevassførekomst eller endra nivå i ein grunnvassførekomst. Etablering av vasskraftverk med oppdemming, magasin, demningar, uttak av vatn og deponering av massar er døme på tiltak som kan falla inn under § 12 første ledd bokstav a (Klima- og miljøverndepartementet, 2015, s. 5).

Alternativt må årsaka etter § 12 første ledd bokstav b vera ny berekraftig aktivitet som medfører «forringelse» i miljøtilstanden i vassførekomsten. EU-domstolen har avklara at ein vassførekomst er utsett for forringing om eit av kvalitetselementa i vedlegg V til direktivet fell eit nivå, sjølv om ikkje denne endringa fører til at heile overflatevassområdet rykker ned ein tilstandsklasse (EU-domstolen, C-461/13, Weser avsnitt 70 og Platjouw, 2021, s. 57). Tiltak som kan føra til ein dårlegare miljøtilstand enn «god», kan ikkje tillatast etter dette alternativet, jf. forskrifta § 12 første ledd bokstav b og direktivet artikkel 4 nr. 7 andre strekpunkt.

I vassforskrifta § 12 andre ledd bokstavane a til c er det tre kumulative vilkår som i tillegg må vera oppfylt for å gi løyve til tiltak som altså kan føra til «forringelse», eller at miljømåla ikkje blir nådd, jf. § 12 første ledd. Terskelen for å få konsesjon både i vassressurslova § 25 og vassdragsreguleringslova § 5 er interesseavvegingar som opnar for konsesjon om fordelane ved tiltaket er større enn ulempene. At det er større fordelar enn ulemper ved tiltaket, vil ikkje nødvendigvis vera nok for å tilfredsstilla standarden i vassforskrifta § 12 andre ledd bokstav b. I for eksempel konsesjonsheimelen i vassressurslova § 25 er det eit vidare spekter av interesser som er relevante i interesseavveginga. Etter vassforskrifta § 12 andre ledd bokstav a skal i tillegg alle praktiske tiltak for å unngå ei negativ utvikling i vassførekomsten settast i verk, og etter bokstav c skal ein vurderer om det er slik at målet med tiltaket på grunn av tekniske hinder eller uforholdsmessig store kostnader ikkje «med rimelighet» kan nåast med middel som er vesentleg betre for miljøet.

Det interessante spørsmålet i denne samanhengen er om klimaomsynet kan koma inn og telja som ein del av samfunnsnyttan med tiltaket i vurderinga av om vilkåra for unntak frå forbodet mot forringing er oppfylt, jf. vassforskrifta § 12 andre ledd bokstav b. Og ja, dette vart

gjort i saka Schwarze Sulm (EU-domstolen, Østerrike mot kommisjonen, C-346/14). Kommisjonen meinte at Austerrike hadde gitt løyve til eit vasskraftverk som ville medføra ei forringing av tilstanden i overflatevatnet i elva Schwarze Sulm frå «høy» til «god». Noko som ville vera forbode etter direktivet. Vidare at vilkåra for unntaka frå forbodet ikkje var oppfylt i artikkel 4, stk. 7, sml. vassforskrifta § 12 andre ledd. I vurderinga la EU-domstolen vekt på klimaomsynet mellom anna under tilvising til energipolitikken i EU, og det vart vist til at slike etableringar var viktige for å sikra måloppnåing etter Kyoto-protokollen. Ei viktig presisering i den same saka er at det ikkje er nok å seia at vasskraftverk *generelt* er å rekna som ein berekraftig aktivitet. Vekting av klimaomsynet som del av samfunnsnyttan blir neppe mindre viktig med det ansvaret som ligg på alle land gjennom Parisavtalen og ny politikkkutforming innanfor EU, som i European Green Deal (EU-kommisjonen, 2019).

Det siste vilkåret er altså at formålet med dei nye inngrepa eller aktivitetane på grunn av manglande tekniske hinder («gjennomførbarhet») eller uforholdsmessig store kostnader, ikkje med «rimelighet kan oppnås med andre midler som miljømessig er vesentlig bedre». Vilkåret kan tilsynelatande krevja meir utførlege, eller dokumenterte, vurderingar av om alternative plasseringar osv. kan gi mindre negative miljøverknader enn det som i dag går uttrykkeleg fram av konsesjonslovene. Heller ikkje vassforskrifta er altså utforma slik at ho er til hinder for å realisera ein meir klimavenleg energipolitikk. Regelverket strammar likevel først og fremst inn vernet om miljøverdiane i vassdraga.

Eit forsøk på overordna planlegging: Nasjonal ramme for vindkraft

I mars 2019 la Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) på oppdrag frå OED fram ei nasjonal ramme for vindkraft på land. Bakgrunnen var mellom anna eit ynske om meir føreseieleg og effektiv konsesjonshandsaming i framtida (Olje- og energidepartementet, 2015, s. 193). Forslaget inneheldt eit oppdatert kunnskapsgrunnlag for landbasert vindkraft, og det vart lagt fram kart med forslag til dei mest eigna områda for lokalisering av vindkraft. Det viste seg å vera store forskjellar mellom område utpeikt som eigna for vindkraft i Nasjonal ramme og dei områda

som var planlagt for vindkraft i dei regionale planane (Wiig mfl., 2019, s. 38). Nasjonal ramme for vindkraft framheva at konsesjonshandsaminga av einskildsaker ikkje skulle bli mindre viktig. Det vart også trekt fram at innanfor einskildområde som var peika ut som eigna, kunne det gjerne vera område som var mindre eigna. Samtidig vart det uttala at konsesjonssøknader utanfor dei utpeika områda ikkje ville få same prioritet. Vi ser altså ein viss likskap mellom dette arbeidet og den no oppheva Samla plan for vassdrag. Sjølv om prioritetssystemet ikkje var like formalisert som i Samla plan, såg altså ramma ut til å ha eit potensial til å gjera prosessar for plassering av nye vindkraftanlegg meir føreseielege. I oktober 2019 vart det klart at regjeringa ville trekkja heile ramma. Eit mål med ramma var at det skulle vera eit konfliktdempande verktøy. Etter over 5000 høyringsinnspel, der dei fleste var kritiske, fann ein at dette målet slett ikkje vart nådd. I staden leia dei mange høyringsinnspela mellom anna til at arbeidet med betring av konsesjonsreglane vart sett i verk (Bjerkestrand mfl., 2020). Ifylgje vindkraftmeldinga skal kunnskapsgrunnlaget frå nasjonal ramme vidareutviklast, og det blir viktig i konsesjonshandsaminga av nye søknader (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 32).

Oppsummerande refleksjonar så langt

Konsesjonshandsaminga av både vasskraft og vindkraft har lenge langt på veg vore fråkoplta plan- og bygningslova. Ei klar og godt synleg forankring for å ivareta klimaomsynet er dermed svekt. Vi har tidlegare hatt eit overordna planverktøy for store kraftutbyggingar. Gjennom ei klar prioritering av kva kraftverk som kunne konsesjonssøkast, fremja planverktøyet ei føreseieleg sakshandsaming. Nasjonal ramme for vindkraftverk er no lagt bort etter massiv motstand. Ramma hadde etter mi vurdering eit potensial til å bli eit verktøy som gjennom prioriteringar både la til rette for ein klimavenleg energipolitikk og gjorde lokaliseringa og sakshandsaminga i desse sakene meir føreseielege for ulike interessentar – ikkje minst for dei mangearta brukar- og miljøinteressene i utmarka. Kanskje kan ein likevel oppnå litt av den same effekten gjennom bruk av den kunnskapen som er samla inn (Bjerkestrand mfl., 2020, s. 68; Olje- og energidepartementet, 2019, s. 32). Eit spørsmål for framtida blir no korleis,

og om den innsamla kunnskapen også kan takast i bruk av lokale og regionale planstyresmakter.

Kva vekt og relevans har så klimaomsynet etter dei tre sektorlovene?

Spørsmålet i kapittelet her er kva plass klimaomsynet har i konsesjonsregelverket for vass- og vindkraft. Eit startpunkt i drøftinga av kva plass ulike miljøomsyn har i rettsbruken, er integrasjonsprinsippet (Backer, 2012, s. 66). Prinsippet går ut på at miljøomsyn er eit rettsleg relevant omsyn innanfor alle ulike sektorar (Backer, 2012B, s. 42, 46; Bugge, 2019, s. 154). Læra har, noko forenkla uttrykt, vore at kor strengt dette kravet er, fylgjer av korleis miljøomsynet er handsama i den konkrete lovgivinga (Bugge, 2019, s. 155). Ei viktig kjelde for å leggja vekt på miljøomsyn i dag er Grl § 112 (Backer, 2012, s. 66). Integrasjonsprinsippet er forstått slik at uansett formålsparagraf, og føresegner som direkte gjeld spørsmålet, så må ei lov som regulerer verksemd som kan ha negative miljøverknader, lesast slik at forvaltninga ikkje berre har høve til, men også plikt til å greia ut miljøverknader og leggja vekt på desse i avgjerda (Bugge, 2019, s. 155). I klimadommen stadfestar Høgsterett både at Grl § 112 har relevans i lovtolkinga, og er eit tvunge omsyn ved utøvinga av skjønnet i forvaltningsavgjerder (Høgsterett, 2020, avsnitt 145). Spørsmålet er korleis denne forståinga av at miljøomsyna alltid er relevante og må takast omsyn til, påverkar vekta av *klimaomsynet* innanfor avvegingane (forvaltningsskjønnet) i sektorlovene vi tek føre oss. Mitt inntrykk er at så langt har merksemda om verknaden av integrasjonsprinsippet gjerne vore retta mot dei lokale miljøulempene av eit tiltak. Backer syner rett nok også til klimakonvensjonen, og peikar på denne som eit relevant argument ut frå det folkerettslege presumsjonsprinsippet, og at bruken av omgrepet i Rio-erklæringa kan trekkja i same retning (Backer, 2012B, s. 46).

Rekkevidda av integrasjonsprinsippet er likevel ukklar. Framover bør det drøftast meir utførleg *kva* miljøomsyn som kan fremjast eller handterast i forvaltninga i tråd med dette integrasjonsprinsippet, og ikkje minst korleis motstridande miljøinteresser kan handterast. Tilnærminga til

prinsippet med eit innhald som at «summen av de enkelte avgjørelser blir mer miljøgunstige enn de ellers ville ha vært», og miljøomsyn derfor nesten utan unntak får vega tyngst (Backer, 2012B, s. 50), kan i dag bli problematisk om ein ikkje er medviten klimaomsynet. Ei hovudutfordring for styresmaktene er jo nettopp korleis klimaomsyn skal vegast mot andre miljøomsyn. Også andre slag miljøomsyn kan i einskildsaker stå mot kvarandre. Dessutan kan brukarinteresser som ikkje fell inn under ei meir snever forståing av omgrepet miljøinteresser, også fremja bruk som gagnar miljøet. Grl § 112 er i alle høve etter klimadommen ei klar forankring for at klimaomsynet må handterast på same måte som andre miljøomsyn.

Kva seier så formålet med lovene om klimaomsynet? I vassressurslova, som heimlar konsesjon til dei mindre kraftverka, finn ein i § 1 at lova har til formål «å sikre en samfunnsmessig forsvarlig bruk og forvaltning av vassdrag og grunnvann». Verken miljø eller klima er omgrep som er nytta, sjølv om lova er av relativt ny dato. I staden finn vi omgrepet «samfunnsmessig forsvarlig bruk og utnytting». Det er likevel klart at det å sikre miljøet, ikkje berre er *innanfor* det som er rekna som «samfunnsmessig forsvarlig», men også er eit sentralt formål. Fleirtalet i NOU-utvalet sa: «Begrepet 'samfunnsmessig forsvarlig' omfatter både miljøhensyn, medregnet hensynet til å sikre biologisk mangfold, og hensynet til aktuelle bruksformål og økonomi» (NOU 1994: 12, s. 402). Lovmotiva understrekar at måla lova skal ivareta, også må sikrast på lang sikt. Legg vi utvalsfleirtalet si forståing til grunn, kan klimaomsynet forankrast både som eit omsyn som er direkte relevant etter ordlyden «samfunnsmessig forsvarlig bruk», og med tilvising til miljøomsyn generelt, og aktuelle bruksformål. I dag vil nok også økonomiomsynet vera ei relevant forankring for klimaomsynet. Klimapolitiske dokument *kan* visa oss at det samfunnsøkonomisk er meir lønsamt å gjera noko med klimaproblemet i dag enn å ta alle kostnadene med klimaendringane i framtida. I ei konkret avveging med omsyn til å tillata eit lite kraftverk kan eit slikt omsyn likevel få lita vekt i møte med lokale miljøskadar og negative verknader for ålmenta.

Vassdragsreguleringslova er kompetansegrunnlag for å gi løyve til alle kraftverk med regulering eller overføring over ein viss storleik, og i

tillegg dei største elvekraftverka jf. § 3. Vassdragsreguleringslova frå 1917 har ikkje ei tilsvarende føresegn om formålet i lova som gir rettlegging om kva slags omsyn som er relevante (Vassdragsreguleringslova, 1917). Dette til trass for ein ganske nyleg språkleg revisjon av lova. Integrasjonsprinsippet, og ikkje minst Grl § 112, fortel oss som vist at miljøomsyn likevel er relevante.

Energilova § 1-2 framhevar at produksjon av energi skal skje på ein samfunnsmessig rasjonell måte, ein skal ta omsyn til *allmenne og private interesser, og med det miljøet* (Energilova, 1990, § 2-1). Førearbeida til energilova tek, så langt eg kan sjå, ikkje føre seg klimaomsynet som ein særleg motivasjon for lova, eller for det å gi konsesjon til vindkraftverk spesielt. Men med den vide formuleringa av formålet er det i dag vanskeleg, også utan ei tilvising til Grl § 112, å avvisa at klimaomsyn er eit relevant omsyn i bruk av dei ulike reglane i lova (Backer, 2012B, s. 44).

Både formålsføresegna i vassressurslova og energilova gjer bruk av typiske dynamiske uttrykk som er kjenneteikna av at innhaldet må «henta utanfrå». For å bruka orda til Nils Nygaard: «Tankegangen er at lovteksten på ein måte er eit ‘hylster’, som må fyllast med eit stoff som lova sjølv ikkje har» (Nygaard, 2004, s. 190–191). Her må det presiserast at vi er på området for forvaltningsretten, og dermed på området for legalitetsprinsippet, og vi må forventa ein viss lojalitet til lovgivar. Samstundes er det tale om å gi løyve til verksemd som ikkje nokon har krav på. Det interessante i denne samanhengen er jo at det å fremja klimaomsynet neppe vil gå utover den som søker om løyve til høvesvis vind- eller vasskraftverk, men andre miljøomsyn og andre lokale brukarinteresser. Denne dimensjonen i avvegingane kjem også tydeleg til uttrykk i den massive motstanden ein kan registrera mot aktuelle vindkraftprosjekt. Verken det at klimaomsynet *kan* vera ein del av avvegingane til styresmaktene i desse sakene, eller at vindkraftverka *kan* vera ein del av ei klimaløysing, ser altså ut til å verka som ein slags dempar for denne motstanden. Skulle det vera tolkingstvil, må vi på dette punktet også kunna visa til Grl § 112 og forståinga som vart lagt til grunn i Høgsterett (Høgsterett, 2020, avsnitt 147). Så langt kan vi altså slå fast at klima er eit relevant omsyn i bruken av desse lovene i dag.

Kva vekt har så klimaomsynet ved tildeling av løyve til produksjon av fornybar energi etter sektorlovene? Felles for dei to lovene som heimlar konsesjon til *vasskraftanlegg*, er at dei gir uttrykk for at konsesjon berre kan givast viss fordelane ved tiltaket overstig skadar og ulemper for allmenne og private interesser. Vi kan altså konstatere at det er tale om kan-reglar.

Identifiserer vi klimaomsynet med utbyggjarsida, er det altså eit klart utgangspunkt at andre omsyn ikkje *må* vika for klimaomsynet. Korleis den nærare avveginga skal skje, er eit meir ope spørsmål. Heller ikkje her finn vi noko i lovteksten om kva rolle den fornybare energien har i overgangen til eit lågutsleppssamfunn eller andre liknande formuleringar som vi hugsar frå dei politiske dokumenta. Vassdragslova frå 1917, som altså heimlar konsesjon til dei store regulerbare kraftverka, er i utgangspunktet frå ei tid som gjer at ein ikkje kan venta slike spor. Dei rettslege rammene er vide, og det blir fort eit politisk spørsmål om vi skal gi konsesjon. For at konsesjon skal bli gitt, må altså fordelane vera større enn ulempene for allmenne eller private interesser jf. vassdragsreguleringslova § 5. Ei retningsline for skjønnet er dessutan at ein skal ta omsyn til «andre skade- og nyttevirkningar av samfunnsmessig betydning». Dermed kan ein trekkje inn både direkte og indirekte fordelar (Bugge, 2019, s. 349).

Med kunnskap om klimavanskane, og den viktige rolla til vasskrafta, er det ikkje tvilsamt å leggja klimaomsyn i vektskåla for fordelar med tiltaket. Uansett kan ein her visa til Grl § 112 som tolkingsmoment, og som uttrykk for omsyn som skal vera med i vurderinga, sjå avsnittet over om Grl § 112. Naturinngrepa som tiltaket fører med seg, er naturleg argument mot ei slik utbygging, og Grl § 112 kan også takast til inntekt for vekta av desse interessene. Naturverdiar er dessutan, som vi såg, ivaretekne gjennom vassforskrifta. For etablering eller utvidingar av vasskraftverk kan framleis eit mangfald av negative verknader for landskap, biologi, friluftsliv osv. melde seg, sjølv om ein blir flinkare til å gjera slike utbyggingar på ein miljøskånsam måte.

Vassressurslova er konsesjonslova for dei mindre kraftverka, sml. vassdragsreguleringslova § 3. Den sentrale rolle vasskrafta har hatt i

samfunnsbygginga i Noreg, er drøfta i førearbeida (NOU 1994: 12, kapittel 21). I drøftinga av berekraft-omgrepet kan ein lesa: «Vannressursene er i seg selv fornybare i utgangspunktet, men deler av det økologiske system langs og i vassdragene må betraktes som en ikke-fornybar kapital» (NOU 1994: 12, s. 117). Der går det også fram at ein ser at vasskrafta kan vera eit alternativ til meir «miljøbelastende energiproduksjon». Utsegna kan takast til inntekt for at klimaomsynet er eit moment som bør ha ei viss vekt også direkte etter vassressurslova. Ordet «fordeler» kan som nemnt uansett ikkje vera bunde til dei faktiske tilhøva lovgivar såg føre seg då lova vart vedteken. Klimaomsyn i nærmiljøet i form av t.d. flaumdempande effektar eller klimaomsynet i stort kan altså vera relevante omsyn. Eit spørsmål er likevel om samanhengen mellom klimafordelen og tiltaket kan bli så vag eller liten at den ikkje lenger kan reknast som ein reell og relevant fordel, eventuelt slik at den berre får lita eller vekt i den endelege avveginga.

Verken eit lite småkraftverk på Vestlandet eller eit vindkraftverk i Trøndelag løyser klimakrisa, eller? Bugge omtalar «The tyranny of small decisions» (Bugge, 2019, s. 70 flg.). Kvar for seg er inga lita forureining så skadeleg. Til saman kan likevel dei mange små avgjerdene føra oss over i eit alvorleg miljøproblem. I omstillinga til ein mindre klimaskadeleg energibruk melder det same problemet seg. Aleine vil ikkje eit småkraftverk redde klimaet, men vi må ha mange små vedtak i retning av å produsera fornybar energi om vi skal realisere ein meir klimavenleg energipolitikk. Eksempelet illustrerer utfordringa klimaproblemet gir både for forvaltning og lovgivar. Den vanlege «resipient-tenkinga» i miljøforvaltningsretten, eller for så vidt alminnelege krav til årsakssamanheng mellom tiltak og verknad, *kan* gi lite rettleiing i spørsmål som vedkjem klimaspørsmålet i einskildsaker.

Energilova er altså heimelslova for å gi konsesjon til den for tida så «omsuste» vindkrafta på land. Etter energilovforskrifta § 3-1 andre ledd må ikkje vindkraftanlegg på land med installert effekt i anlegget på mindre enn 1 MW ha konsesjon. Har tiltaket fleire enn fem vindturbinar, skal likevel anlegget konsesjonssøkast. Desse minste tiltaka blir altså handsama etter plan- og bygningslova. Når søknad om konsesjon blir sendt inn, skal konsekvensutgreiinga fylgja søknaden, jf. energilova § 2-1

andre ledd (Fauchald, 2018, s. 8). Konsesjonsregelen i § 3-1 er ein interessant konstruksjon med eit reint kan-skjønn til forvaltninga, utan å knyte andre vilkår eller retningslinjer til vurderinga (For meir sjå Winge, 2013, kapittel 4.) Formålsparagrafen i energilova viser altså særleg til det «samfunnsmessig rasjonelle», noko som har gjort at dei samfunnsøkonomiske vurderingane er sentrale i konsesjonsvurderinga etter energilova. Som for dei andre konsesjonslovene er klimaomsynet eit relevant omsyn også etter energilova. Vekta av omsynet vil likevel også her sjølvstøtt variere frå sak til sak. Den rettslege utviklinga elles kan dessutan påverka kva gjennomslagskraft klimaomsynet vil få overfor andre miljø- og brukarinteresser. For det første må ein kunna leggja til grunn at måloppnåing etter klimalova, jf. Grl § 112, kan gi auka vekt til klimaomsynet i einskildsaker. Det same kan fylgja av det vedtekne samarbeidet om felles måloppnåing med EU.

Naturmangfaldlova og klimaomsynet

For alle styresmakter som tek avgjerder som kan påverka naturmangfaldet, gjeld naturmangfaldlova. Grunnleggjande miljørettslege forvaltningsprinsipp skal vurderast i alle vedtak. Vurderingane skal dessutan gå fram av vedtaka, jf. naturmangfaldlova § 7. Det gjeld altså eit eksplisitt krav om grunngeving i tillegg til den alminnelege plikta i forvaltningslova § 25. Både formålet i naturmangfaldlova og bruken av lova elles må vi sjå i samanheng med Grl § 112. Etter førearbeida skal lova med støtte av det som var Grl § 110 b då lova vart vedteken, verka inn på både tolking og skjønnsutøving etter andre lover (Backer, 2010, s. 44).

Etter § 1 i lova er «[l]ovens formål [...] at naturen med dens biologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern, også slik at den gir grunnlag for menneskenes virksomhet, kultur, helse og trivsel, nå og i fremtiden, også som grunnlag for samisk kultur».

Kva slags miljøforvaltningsprinsipp er det så energistyresmaktene skal leggja til grunn i utøvinga av offentleg myndigheit? Er dette miljøomsyn som åleine femner om «det klassiske naturvernet» – altså dei lokale miljøverdiane?

Eg tek her føre meg tre av forvaltningsprinsippa i lova. Kunnskapsprinsippet i § 8 set krav om at offentlege vedtak som gjeld naturmangfaldet, helst skal treffast på vitskapleg grunnlag. Føresegna supplerer det grunnleggjande prinsippet i forvaltningslova § 17 om at saka skal vera så godt opplyst som mogleg. Kva krav ein set til kunnskapsgrunnlaget, skal stå i eit rimeleg forhold til karakteren på saka og risiko for skade på naturmangfaldet (Miljøverndepartementet, 2008, s. 380). Kunnskapsgrunnlaget for eit vedtak om eit mikrokraftverk vil til dømes vera eit anna enn for ei større kraftutbygging (Miljøverndepartementet, 2008, s. 380). I juridisk teori er standpunktet at brot på retningslina i § 8, lettare enn brot på alminnelege forvaltningsrettslege reglar, kan føra til at eit vedtak er ugyldig (Backer, 2010, s. 96). Eit spørsmål er om § 8 *bør* supplerast med eit tilsvarende eksplisitt krav til kunnskap om eventuelle gunstige eller ugunstige effektar for klimaet av eit forvaltningsvedtak. Eit eige spørsmål er om ikkje ei slik forståing også er i betre samsvar med både det materielle og prosessuelle innhaldet i Grl § 112. Eit argument mot eit slikt allmennkrav på lovsnivå er sjølvsagt at det vil vera ressurskrevjande å handheva. På den andre sida vil kanskje eit slikt krav vera eigna til å synleggjera kva miljø- og klimaverknader som gjerne uansett skal utgreiast både på plan- og tiltaksnivå. (Sjå prosjektdirektivet art. 5 jf. vedlegg IV og plandirektivet art. 5 jf. vedlegg I. Sjå også Fauchald og Schütz, 2020.)

Føre-var-prinsippet er heimla i § 9. Prinsippet rettar seg mot korleis ein skal handtere *tvil* om konsekvensar for miljøet. Etter § 9 første punktum skal ein om vedtak må treffast utan tilstrekkeleg kunnskap om verknadene for naturmiljøet, søke å unngå mogleg «vesentlig skade på naturmangfoldet». Andre punktum regulerer situasjonar der det er risiko for «alvorleg eller irreversibel skade på naturmangfoldet». I desse sakene skal *ikkje* mangel på kunnskap nyttast som grunnngivnad for å utsetta eller unnlata å treffa forvaltningstiltak. Sidan prinsippet er ei retningsline, og skal leggjast til grunn av sektorstyresmaktene i det konkrete vedtaket, er det usikkert kva innverknad prinsippet vil få i utbyggingssaker som dei vi har føre oss. I denne samanhengen er det særleg interessant om innhaldet i prinsippet blir påverka av kva type vedtak det er tale om. Kva seier naturmangfaldlova § 9 om handteringa av usikre miljøverknader ved etablering av tiltak som er rekna som gunstige for klimaet? Fell det til

dømes innanfor skjønnnet til forvaltninga å tola større uvisse for det lokale miljøet dersom klimagevinsten frå tiltaket synest særleg stor?

I § 10 finn vi prinsippet om økosystemtilnærming og samla belastning. Tanken er at eigenskapane ved eit økosystem og naturverdiane det representerer, skal vera utgangspunkt og ramme når planar og einskildtiltak som kan påverka eit økosystem, skal vurderast og avgjerast. Økosystem må ideelt sett handterast som ein heilskap, og alle vedtak som gjeld økosystemet, bør sjåast samla. I praksis er dette ei vanskeleg oppgåve, og har vore rekna som ei utfordring både rettsleg og administrativt. Truleg er det ei utvikling både i forskning og forvaltning som gjer slike økosystemvurderingar meir handterlege (Hagen mfl., 2019). Som vi såg, har ein nettopp for vassdragsforvaltninga også teke eit steg i retning av å få til ei økosystembasert forvaltning. I rapporten frå NVE til OED om endringar i konsesjonssystemet er dessutan eit av forslaga å leggja opp til handsaming av konsesjonssøknader region- eller områdevis. Både å auka lokal og regional forankring, og det å kunna sjå fleire tiltak i samanheng er nemnt som formål (Bjerkestrand mfl., 2020, s. 29; Olje- og energidepartementet, 2019, s. 33).

Kan så klimaomsynet koma inn i vurderinga av kva som skal tolast i eitt gitt område samla sett? Økosystemet i eitt område kan vera påverka av alt frå vegar, hyttebygging til industri – og så er spørsmålet om det skal tolast eit nytt energiproduksjonsanlegg. Backer peikar på at ei avveging best kan skje i ein generell strategi eller forvaltningsplan (Backer, 2010, s. 104). *Kanskje* kan slike verktøy også gjera at ein i tide seier nei til andre inngrep for å kunna prioritera for eksempel meir klimavenleg energiproduksjonen. Forslaget om områdevis sakshandsaming i rapporten frå NVE, som no også er fylgt opp i stortingsmeldinga, kan vi sjå som eit steg i ei slik retning (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 29). For skadelidande brukar- eller miljøinteresser kan det vera ei mager trøyst at tiltaket er aldri så klimagunstig. Går ein for langt i vektleggja dei klimagunstige sidene til eit tiltak i sakshandsaminga, kan ein dessutan koma i fare for å vatna ut heile tanken om ei økosystemtilnærming. Dessutan kan også klimaendringar gjerne gjera naturmiljøet meir sårbart, slik at vurderingar av kva inngrep som kan tolast i eitt område må skje i lys av slik kunnskap.

Forvaltningsprinsippa i naturmangfaldlova er sentrale for å sikra at viktige miljøverdier blir tekne omsyn til i sakshandsaminga. Kravet til grunngeving er viktig for å sikra truverd og tillit til at forvaltninga av desse verdiane skjer i samsvar med lova. Mangelen på slike vurderingar er noko som kan prøvast for domstolane, og eventuelt vurderast som sakshandsamingsfeil etter forvaltningslova § 41. Prinsippet i nml. § 10 om økosystemtilnærming understrekar at det å treffa gode vedtak av omsyn til det samla ressursgrunnlaget i desse sakene er vanskeleg utan overordna styring. Eit spørsmål er som nemnt om klimaomsynet *burde* ivaretakast og synleggjerast på tilsvarende måte som dei ulike prinsippa i naturmangfaldlova. Ei slik lovendring vil sikra demokratisk legitimitet til ein viktig del av integrasjonsprinsippet i tida som kjem. Som vist i avsnittet over om Grl § 112 har Høgsterett peika på at Grl 112 – som også femner om klimaet – er eit tvunge omsyn i alle forvaltningsavgjerder. Spørsmålet handlar altså meir om synleggjering, enn å lage naudsynt heimelsgrunnlag.

Ulike rammevilkår for verdiflyt frå vindkraft og vasskraft

Rammevilkåra for verdiflyt frå vindkrafta og vasskrafta er ulike. I lang tid har vi hatt stabile ordningar som har sikra kommunar og fylke inntekter frå vasskraftverksemd utover ordinære skatteinntekter. Sentrale ordningar er konsesjonskraft og konsesjonsavgifta (Vassdragsreguleringslova, 1917, §§ 22 og 14). Etter gamalt var konsesjonskrafta ei ordning for å sikra at distrikta der utbygginga fann stad, fekk tilgang på rimeleg kraft. Konsesjonsavgifta skulle på den andre sida vera kompensasjon for skader og ulemper som ikkje vart erstatta på anna vis, og avgifta skulle gi lokalmiljøet del i verdiskapinga som fann stad med utbygginga. I vassdragsreguleringslova § 17 er det dessutan reglar som gir heimel for at den som får konsesjon, set av pengar i fond som tilgodeser lokale formål. I tillegg kjem særlege reglar for vasskrafta om grunnrenteskatt og naturressurskatt (NOU 2019: 16, s. 148–149). For den som ferdast i utmarka, vil det altså vera mogleg å sjå ein samanheng mellom naturinngrepa, kraftproduksjonen og den økonomiske stoda lokalt. For vindkraft har ein

til no ikkje vedteke slike særlege ordningar. Kommunane har høve til å krevja eigedomsskatt for vindkraftverka. Heller ikkje i den nye stortingsmeldinga om vindkraft på land vart det lagt fram konkrete endringar på dette punktet. Det er likevel uttala at regjeringa grundig vil vurdere fordelar og ulemper med lokal kompensasjon og koma attende til Stortinget med spørsmålet (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 75–77). Nyleg vart dessutan ei ordning med ei moderat produksjonsavgift til kommunane sendt på høyring (Skatteetaten, 2021). Er dette starten på ein slags renessanse for den «energirettferda» lovskrivarane såg ut til å ha med seg i arbeidet då konsesjonsregelverket for vassdragsreguleringane vart utvikla? (Om energirettferd, sjå Jenkins mfl., 2016. s. 174 flg.; Salter mfl., 2018.) Framleis kan det nok vera så som så med incentiva for kommunar og fylke til å vera positive til utbygging av vindkraftverka. Skilnadene mellom det vi på overordna nivå kan omtala som verdiflyten frå vasskraft og vindkraft, bør vi nok heller ikkje oversjå i diskusjonar om kva tillit innbyggjarane har til konsesjonsreglane (NVE, 2020 s. 70). Så lenge skilnadene mellom tiltak som på mange måtar kan samanliknast, er så store i dette spørsmålet, kan det nok også vera vanskeleg å skilja mellom motstand mot vindkraftverk som kjem av engasjement og uro for naturinngrepet tiltaket medfører, og motstand som først og fremst spring ut av at ein meiner at vindkraftverket legg igjen for lite verdiar lokalt.

Konklusjonar og refleksjonar om regelverket i lys av legitimitetsmarkørane

Vi har no fått eit lite overblikk over *rettsreglane* som kan opna for etablering av tiltak for produksjon av fornybar energi i norsk utmark. Avstanden mellom bruken av fjellet, lukta av myr og mose, den opne utsikta og alt dette regelverket kan synast uendeleg lang. Er denne avstanden for stor, og kjensla er at regelverket ikkje seier noko om dei viktige spørsmåla for utmarka vår, ja, så kan det seia noko om legitimiteten til reglane. Omsynet til politiske målsetjingar om klimavenleg energiproduksjon gjer at forvaltning og aktørar kan få auka interesse for nyetableringar. Samtidig er vern om naturgrunnlaget, og andre brukarinteresser i utmarka, viktigare enn nokon gong. Målet med denne heilt overordna

gjennomgangen har vore å reisa spørsmål ved om reguleringsteknikken sikrar tilstrekkeleg legitimitet kring avvegingane av dei grunnleggjande klima- og miljøomsyna som står på spel.

Poenget med ein føreseieleg rettssituasjon er at det skal vera mogleg å innretta seg (Mæhle & Aarli, 2018, s. 105). I utmarka skulle det bety at det både for beiteinteresser, friluftinteresser, miljøinteresser, utbygginginteresser og kommunar til ei viss grad er mogleg å føresjå den rettslege situasjonen som fylgjer av ei utbyggingssak. Konesjonsreglar kjenneteikna av opne interesseavvegingar er utfordrande med omsyn til å skapa ein føreseieleg rettssituasjon. Aleine ut frå korleis rettsreglane er oppbygde, og særleg i kombinasjon med den nemnde særreguleringa i høve plan- og bygningslova, må altså interesser som desse sakene vedkjem, akseptere meir rettsuvisse enn der forvaltninga har mindre rom for vurderingar. Slike variasjonar mellom ulike rettsfelt er velkjent (Mæhle & Aarli, 2018, s. 106). Gode reglar som sikrar føreseielege prosessar, kan bøta på rettsuvisse som fylgjer av uvisse kring utfallet av desse sakene. At det ikkje er same grunnen til å vera tilbakehalden med prøvinga av sakshandsaminga som den materielle vurderinga, og at denne må bli meir inngåande dess større konsekvensar eit tiltak har er også framheva av Høgsterett i Klimadommen (Høgsterett, 2020, avsnitt 182-183).

Er så rettssituasjonen i dag unødvendig lite føreseieleg i dei materielle spørsmåla? Fråværet av materielle prioriteringsverktøy som forvaltninga skal navigere etter, er påfallande. Samla plan vart som vi såg, oppheva. Kunnskapsgrunnlaget er under utvikling mellom anna gjennom systemet i vassforskrifta, men kompleksiteten i regelverket aleine kan nok likevel svekkja i kva grad ein opplever at rettssituasjonen blir meir føreseieleg.

Ein viktig føresetnad for å gi kommunane ei mindre viktig rolle i desse sakene var at areal- og interesseavklaringar skulle skje på regionalt nivå. Regionale planar har berre blitt utarbeidd i nokre få fylke, og gjennomslagskraft i konsesjonsprosessane synest variabel. Mogleg bruk av statleg plan, jf. pbl. § 6-4, i strid med arealbrukskategoriar kommunen tidlegare har vedteke, utfordrar også ideal om ein føreseieleg rettssituasjon.

Blir så konfliktnivået høgare som fylgje av ein lite føreseieleg rettssituasjon? Får vi fleire forvaltningsklager? Kan vi notere oss vegring frå

utbyggjarsida? Dette er empiriske spørsmål som eg ikkje har undersøkt, men mitt inntrykk er at vi alt har sett slike verknader av det som kan oppfattast som ein lite føreseieleg rettssituasjon. Vi kan nok ikkje leggja skulda for all motstand i regelverket som er presentert her. Viktig framover er uansett å arbeida vidare med tiltak som gjer både dei materielle avvegningane og prosessane som styrer desse, meir føreseielege.

Kva meiner vi så med at retten skal vera rettferdig. Grunnleggjande er at alle er like for lova jf. Grl § 98. I eit klimaperspektiv er omsynet til komande generasjonar viktig, slik det også er uttrykt i Grl § 112. Mæhle og Aarli nemner at «[r]etten må for eksempel bidra til rettferdig fordeling av goder i form av samfunns- og naturressurser» (Mæhle & Aarli, 2018, s. 107).

Denne dimensjonen av kva som blir oppfatta som rettferdige rettsreglar, kan hjelpa oss til å forstå at den ulike handsaminga av vasskraft- og vindkrafttiltaka når det kjem til fordeling av inntekter, i seg sjølv er eigna til å mobilisera vindkraftmotstanda landet over. Ei rettferdig fordeling vil i klimasamanheng også krevja at vi tenkjer over korleis handlingane våre i dag påverkar handlerommet til framtidige generasjonar. Behovet for ei rettferdig fordeling av gode, gjeld også naturen eller miljøet vårt, og dei negative verknadene av dei klimagunstige tiltaka slik som etablering av nye grøne energikjelder. Den som får eit vasskraftverk eller vindkraftverk plassert i sitt turområde eller utmarksområde, opplever jo dette nettopp som ei urettferdig plassering av naturinngrepet: Kvifor må vi tola dette her hjå oss? Eller som Jan Fridthjof Bernt spør: Byggjer avgjerda på ei generell norm som når alle omsyn er tekne med, synest rettferdig og rasjonell? (Bernt, 2004, s. 62). Artikkelen her svarar nok ikkje på dette spørsmålet, men eg har peika på nokre samanhengar som skaper tvil om normene på området alltid vil bli oppfatta som rettferdige og rasjonelle.

Vi kan også spørja om ikkje fråværet av overordna planar og eventuelt meir konkrete retningslinjer er med på å gjera det vanskeleg for både utbyggjarar og talsmenn for motstridande interesser å oppfatta eller forstå om ein blir handsama på ein rettvis – lik måte for lova. Rettsleg autoritet krev demokratisk forankring (Mæhle & Aarli, 2018, s. 102). Alle konsesjonar til fornybar energi blir tildelt etter lover vedtekne av Stortinget, og Grl § 112 vernar både om lokale miljøverdiar og klimaomsyn. Vi kan likevel

spørja om graden av demokratisk forankring er tilstrekkeleg. Burde lovgivar, med kunnskap om kor påtrengjande klimaproblemet er, i større grad medverka til at forvaltninga synleggjer kva interesseavvegingar som føregår innanfor desse konsesjonsheimlane? I den nye vindkraftmeldinga er det som nemnt også teke til orde for at avvegingane må bli meir transparente (Olje- og energidepartementet, 2019, s. 35–36). Og er det mogleg å få til ei så god synleggjering av desse avvegingane at ulike interesser i større grad opplever at dei blir handsama på ein rettviss måte? Lovgivar meinte dessutan at konsesjonsprosessen etter desse lovene skulle skje i eit samspel med avveging av areal- og brukarinteresser i regionale planprosessar. I fråvære av eit slikt fungerande samspel kan ein seia at den demokratiske forankringa er redusert på to måtar. For det første fordi ein av føresetnadene frå lovgivar for å vedta lova har vist seg å ikkje stemma, og for det andre gjennom at regionale planar som blir vedtekne av demokratisk valde organ, ikkje har påverknad på statlege byråkratisk styrte konsesjonsprosessar.

Litteraturliste

- Backer, I. L. (1984). Alta: Et utgangspunkt for lovendringer. I K. Haagensen & A. Midtun (Red.), *Energi og samfunn. Kraftutbygging, konflikt og aksjoner* (s. 165–193). Universitetsforlaget.
- Backer, I. L. (2010). *Naturmangfoldloven, Kommentarutgave*. Universitetsforlaget.
- Backer, I. L. (2012). *Innføring i naturressurs og miljørett*. Universitetsforlaget.
- Backer, I. L. (2012). Integrasjonsprinsippet – er det noe bedre alternativ? I O. C. Fauchald & C. Voigt (Red.), *Pro Natura. Festskrift til Hans Christian Bugge* (s. 42–62). Universitetsforlaget.
- Backer, I. L. (2021). Plenumsdommen i klimasaken. *Lov og rett*, 3, 135–158.
- Bernt, J. F. (2004). Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen. *Jussens Venner*, 2, 61–73.
- Bjørnebye, H. (2021). Spørsmålet om mangelfull utredning av klimavirkninger i HR-2020-2472-P. *Lov og Rett*, 3, 159–178.
- Bugge, H. C. (2019). *Lærebok i miljøforvaltningsrett* (5. utg.). Universitetsforlaget.
- Fauchald, O. C. & Myklebust, I. (2019). Nedbygging av strandsona og Grunnlova § 112. I O. C. Fauchald & E. Smith (Red.), *Mellom jus og politikk, Grunnloven § 112* (s. 193–227). Fagbokforlaget.

- Fauchald, O. C. (2020). *Adgangen til og prosedyrer for å fatte statlig planvedtak i vindkraftsaker* [Juridisk utredning til Aksjonsgruppa mot vindkraftutbygging på Faurefjell]. Fridjof Nansens Institutt.
- Fauchald, O. C. (2021). Klima, vindkraft og miljø; hvordan balansere motstridende hensyn i lovverket? I H. C. Bugge (Red.), *Klimarett: Internasjonal, europeisk og norsk klimarett mot 2030* (s. 591-615). Universitetsforlaget.
- Holth, F. (2021). Plan- og bygningsloven. Vår viktigste klimalov? I H. C. Bugge (Red.), *Klimarett: Internasjonal, europeisk og norsk klimarett mot 2030* (s. 408-432). Universitetsforlaget.
- Jenkins, K., McCauley, D., Heffron, R., Stephan, H. & Rehner, R. (2016). Energy justice: A conceptual review. *Energy Research & Social Science*, 11, 174-182. <https://doi.org/10.1016/j.erss.2015.10.004>
- Kroepelin K. og Bugge H.Chr. (2021). EUs klimarett og Norges klimaavtale med EU – en innføring. I H. C. Bugge (Red.), *Klimarett: Internasjonal, europeisk og norsk klimarett mot 2030* (s. 293-323). Universitetsforlaget.
- Mæhle, S. S. & Aarli, R. (2018). *Fra lov til rett* (2. utg.). Gyldendal Juridisk.
- Nygaard, N. (2004). *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2.utg.). Universitetsforlaget.
- Platjouw, F. (2021). EU og internasjonal miljørett av relevans for kystsoneforvaltning i Norge. I K. B. Hauge & K. B. Stokke (Red.), *Integrert kystsoneforvaltning, Planfaglege, samfunnsvitskaplege og juridiske perspektiv* (s. 52-68).
- Winge, N. K. (2013). *Kampen om arealene*. Universitetsforlaget.
- Salter, R., Gonzalez, C. G. & Warner, E. A. K. (2018). Energy justice: Frameworks for energy law and policy. I R. Salter, C. G. Gonzalez & E. A. K. Warner (Red.), *Energy justice: US and international perspectives* (s. 1-11). Edgar Elgar Publishing.

Offentlege dokument

- NOU 1994: 12. (1994). *Lov om vassdrag og grunnvann* (vannressursloven). Nærings- og energidepartementet.
- NOU 2019: 16. (2019). *Skattlegging av kraftverk*. Finansdepartementet.
- Klima- og miljødepartementet. (2014). *Ny utslippsforpliktelse for 2030 – en felles løsning med EU* (Meld. St. 13 (2014-2015)).
- Miljøverndepartementet. (2007). *Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen)* (Ot.prp. nr. 32 (2007-2008)).
- Miljøverndepartementet. (2008). *Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)*. (Ot.prp. nr. 52 (2008-2009)).
- Bjerkestrand mfl. (2020). *Konsesjonsprosessen for vindkraft på land. Beskrivelse, utfordringer og mulige tiltak* (NVE rapport 3/2020). http://publikasjoner.nve.no/rapport/2020/rapport2020_03.pdf

- Olje- og energidepartementet. (2015). *Kraft til endring – Energipolitikken mot 2030* (Meld. St. 25 (2015-2016)).
- Olje- og energidepartementet. (2021). *Energi til arbeid – langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser* (Meld. St. 36 (2020-2021)).
- Menneskerettsutvalet. (2011). *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*. Dokument 16 (2011-2012).
- Miljødirektoratet. (2019). *Hva er Naturpanelet – IPBES?* <https://www.miljodirektoratet.no/globalassets/bilder/nyhetsdokumenter—old/nyheter-vedlegg/faktaark-versjon-10.pdf>
- FN. (2019.) *IPBES-rapporten*. www.ipbes.net
- Olje- og energidepartementet. (2019.) *Vindkraft på land – Endringer i konsesjonsbehandlingen* (Meld. St. 28 (2019-2020)).
- Miljøverndepartementet. (1984.) *Om Samlet plan for vassdrag*. (Meld. St. nr. 63 (1984-85)).
- Miljøverndepartementet. (1986). *Om Samlet plan for vassdrag*. (Meld. St. nr. 53 (1986-87)).
- Miljøverndepartementet. (1991). *Om Samlet plan for vassdrag*. (Meld. St. nr. 60 (1991-92)).
- Kommunal- og forvaltningskomiteen. (2018). *Om oppgaver til nye regioner* (Innst. 119 S (2018-2019)).
- Klima- og miljøverndepartementet. (2015). *Veiledning til bruk av vannforskriften § 12* (Brev sendt frå Klima og Miljødepartementet, 23.02.2015). Brevet er utarbeidd av Klima- og Miljøverndepartementet i samarbeid med Olje- og energidepartementet, Nærings- og fiskeridepartementet, Samferdselsdepartementet, Landbruks- og matdepartementet og Kommunal og moderniseringsdepartementet.
- Klima- og miljøverndepartementet. (2016). *Lov om klimamål (klimaloven)*. (Prop. 77 L (2016-2017)).
- Klima- og miljøverndepartementet. (2017). *Brev sendt frå Klima og Miljødepartementet, 31. mars 2017, Retningslinjer for innsigelsespraksis i energisaker*.
- Klima- og miljøverndepartementet. (2020). *Klimaplan for 2021–2030*. (Meld. St. 13 (2020-2021)).
- Kommunal- moderniseringsdepartementet. (2018). *Endringen i plan- og bygningsloven m.m. (håndtering av overvann i arealplanlegging mv.)* (Prop.32 L (2018-2019)).
- Skatteetaten. (2021, 22. juni). *Høring – avgift på landbasert vindkraft* [Brev].

Rapportar

- Hagen, D., Eide, N. E., Evju, M., Gundersen, V., Stokke, B. G., Vistad, O. I., Rød-Eriksen, L., Olsen, S. L. & Fangel, K. (2019). *Håndbok. Sårbarhetsvurdering av ferdsløkaliteter i verneområder, for vegetasjon og dyreliv* (NINA Temahefte 73.) Norsk institutt for naturforskning.
- Wiig, H., Tesli, A., Stokstad, S. & Hansen, G. S. (2019.) *Intensjoner og praksis for regionale planer for vindkraft. –Hvilken rolle kan fylkeskommunene ha i vindkraftforvatningen?* (NIBR-rapport 2019:4).
- Fauchald, O. C. (2018). *Konsesjonsprosessen for vindkraftutbygginger – juridiske rammer* (FNI-rapport 1/2018).
- Fauchald, O. C. (2020). *Unntak fra plikten til å utføre miljøkonsekvensutredning i lys av EØS-retten* (FNI-rapport 2020:3).
- Havs- og vatten myndigheten. (2016). *Følger av Weserdomen, Analys av rettslaget med sammanstilling av domar* (2016:30).

Lover og andre reglar

- Grunnlova. (1814). *Kongeriket Noregs grunnlov* (LOV-1814-05-17). Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1814-05-17-nn>
- Energilova. (1990). *Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m.* (LOV-1990-06-29-50). Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1990-06-29-50>
- Klimaloven. (2017). *Lov om klima* (LOV-2017-06-16-60). Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2017-06-16-60>
- Miljøinformasjonslova. (2003). *Lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet* (LOV-2003-05-9-31). Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2003-05-09-31>
- Produktkontrolllova. (1976). *Lov om kontroll med produkter og forbrukertjenester* (LOV-1976-06-11-79). Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1976-06-11-79>
- Vannfallrettighetsloven. (1917). *Lov om konsesjon for rettigheter til vannfall mv.* (LOV-1917-12-14-16). <https://lovdata.no/lov/1917-12-14-16>
- Vannforskriften. (2006). *Forskrift om rammer for vannforvaltningen* (FOR-2006-12-15-1446). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2006-12-15-1446>
- Vassdragsreguleringsloven. (1917). *Lov om regulering og kraftutbyrning i vassdrag* (LOV-1917-12-14-17). Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1917-12-14-17>
- Plandirektivet. (2001). *Plandirektivet: miljøkonsekvensvurderinger av planer og programmer* Direktiv 2001/42/EF Miljøvirkningsdirektivet.

Prosjektdirektivet. (2011). *Prosjektdirektivet: Direktiv 2011/92/EF om vurdering av visse offentlige og private prosjekts miljøverknader, seinare endra ved direktiv 2014/52/EU.*

Vassrammedirektivet. (2000). *Direktiv 2000/60/EF.*

Retningslinjer

Kommunal og moderniseringsdepartementet. (2018). *Statlege planretningslinjer for klima- og energiplanlegging og for klimatilpassing.* Forskrift 28.09. 2018 nr. 1469 i medhald av plan- og bygningslova § 6-2.

Kommunal og moderniseringsdepartementet. (2021). *Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen.* Fastsatt ved kgl. res. av 28. mai 2021 i medhald av plan- og bygningslova § 6-2. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/differensiert-forvaltning-strandsonen/id636763/>

Miljøverndepartementet. (2007). *Retningslinjer for planlegging og lokalisering av vindkraftanlegg.* (T-1458/2007). <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/retningslinjer-for-vindkraft/id472954/>

Konvensjonar

Den europeiske landskapskonvensjonen (Cets No. 176)

Bernkonvensjonen av 19. september 1979

Ramsarkonvensjonen av 2. februar 1971

Dommar

EU-domstolen, C-671/16

EU-domstolen, Østerrike mot kommisjonen, C-364/14 Schwarzer Sulm

EU-domstolen, C-461/13 Weser

Dom frå Borgarting lagmannsrett avsagt 23. januar 2020

Høgsterett, Staten mot Natur og Ungdom mfl., HR-2020-2472-P

Høgsterett, Fosen Vind DA og Staten (som hjelpeintervenient) mot Sør-Fosen sitje og Nord-Fosen Siida, HR-2021-1975-S

Nettside frå organisasjonar

NVE. (2020, 23.04.2019) 1986: Samla plan for vassdrag. Henta frå www.nve.no.

EU. (2019). Henta frå https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en

Stortinget. (2020). Voteringsoversikt over forslag nr. 4 frå Arbeiderpartiet, SV og MDG. Henta frå <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Voteringsoversikt/?p=80343&dnid=1>

Stortinget. (2020). Vedtak i korthet. <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Voteringsoversikt/?p=80343&dnid=1>

Elektronisk leksikon med forfattar

Vinvar, A. & Rosvold, K. A. (2018, 15. januar). Samlet plan for vassdrag. I *Store norske leksikon*. https://snl.no/Samlet_plan_for_vassdrag