

# Havsul – virkningen av mangelfulle konsekvensutredninger

## 1. Oppdraget

Jeg er bedt om å skrive et notat om enkelte EØS-rettslige spørsmål konsesjonen til vindkraftprosjektet «Havsul I» reiser. Anleggskonsesjon ble gitt 24. juni 2008 med hjemmel i lov 1990 nr. 50, energiloven, § 3-1. Denne loven gjelder etter § 1-1 ikke på norsk sjøterritorium, definert som sjøområdet utenfor grunnlinjene.<sup>1</sup> Det gjorde den heller ikke i 2008. Etablering av vindkraftverk på norsk sjøterritorium utenfor grunnlinjene, og på norsk kontinentalsokkel, reguleres i dag av lov 2010 nr. 21, havenergilova.

Havsul er i henhold til konsesjonen et vindkraftverk lokalisert i sjøen nord for Haramsøya og nordvest av Harøya, dels innenfor og dels utenfor grunnlinjen. Søknad om konsesjon ble levert februar 2006, sammen med konsekvensutredninger.

Det er søkt om utsatt frist for idriftsettelse februar 2011 og juni 2019. Begge søknader er imøtekommet, den siste ved vedtak 27. mars 2020. Dette vedtaket er påklaget.

Blant anførselene i klagen er at de konsekvensutredninger som er utført, ikke er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og da i første rekke de som følger av direktivene 2001/42/EF og 2014/52/EU. Jeg er bedt om at notatet redegjør for praksis fra EU-domstolen i tilknytning til disse direktivene, og da først og fremst praksis knyttet til betydningen av at de utredninger som er foretatt, ikke møter direktivenes krav.

## 2. Myndighetenes plikt der konsekvensutredninger ikke møter EØS-rettens krav

Direktiv 2001/42/EF, gjerne kalt plandirektivet, ble vedtatt innlemmet i EØS-avtalen 25. juni 2002, fristen for gjennomføring i norsk rett var 21. juli 2004. Direktivet hadde således vært en del av EØS-avtalen i flere år da søknad om konsesjon ble levert. Direktivet krever at det gjennomføres en såkalt miljøvurdering for alle planer og programmer som utarbeides innenfor blant annet energisektoren.

Direktiv 2014/52/EU, gjerne kalt EIA-direktivet (EIA – environmental impact assessment), er et endringsdirektiv til direktiv 2011/92/EF. Direktiv 2011/92/EF er en kodifisering av det første EIA-direktivet, fra 1985, og senere endringer i dette. Også gjeldende EIA-direktiv er innlemmet i EØS-avtalen, som forløperne var det.

---

<sup>1</sup> Energiloven gjelder imidlertid i de indre farvann, det vil si det området i sjøen som befinner seg mellom grunnlinjene og fastlandet. Dette følger av utgangspunktet om at norsk lovgivning kommer til anvendelse på norsk territorium, med mindre annet er bestemt.

Plandirektivet og EIA-direktivet har nær sammenheng, ved at de vurderingene som skal gjøres i henhold til plandirektivet, legger føringer for senere vedtak om tiltak nevnt i EIA-direktivet. I Europautredningen pekes det på at det norske regelverket om miljøkonsekvensutredninger, da utredningen ble avgitt, neppe var så skjerpet som EØS-retten krevde.<sup>2</sup>

Direktivene er tause med hensyn til konsekvensene av det ikke gjøres slike utredninger de gir anvisning på. I norsk rettspraksis er virkningene av mangelfulle eller manglende konsekvensutredninger blitt vurdert som andre saksbehandlingsfeil, det vil si at de er blitt vurdert i henhold til gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41, og, dersom det er mer enn en helt fjerntliggende sannsynlighet for at feilen kan ha virket inn på vedtaket, om vedtaket i så fall er ugyldig. Dette kan illustreres med Høyesteretts avgjørelse i HR-2017-2247-A Reinøya, hvor Høyesterett etter å ha konstatert at det skulle vært foretatt konsekvensutredning, finner at det ikke bare er en helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan ha virket inn på vedtaket, og så vurderer om feilen medfører ugyldighet. I denne vurderingen deler Høyesterett seg i et flertall og et mindretall.

EU-domstolen har ved en rekke anledninger tatt stilling til ulike sider ved direktivene. Av særlig interesse i denne sammenheng, er storkammeravgjørelsen i sak C-24/19 A m.fl., hvor dom falt 25. juni 2020. Avgjørelsen er en såkalt forhåndsavgjørelse, avgitt etter ordningen i TFEU art. 267.<sup>3</sup> Her finner vi følgende om virkningene av manglende eller mangelfulle konsekvensutredninger:

«In the absence of provisions in that directive on the consequences of infringing the procedural provisions which it lays down, it is for the Member States to take, within the sphere of their competence, all the general or particular measures necessary to ensure that all ‘plans’ or ‘programmes’ that are likely to have ‘significant environmental effects’, within the meaning of that directive, are subject to an environmental assessment, in accordance with the procedural requirements and the criteria laid down by that directive (see, to that effect, judgment of 28 July 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, paragraph 30 and the case-law cited).

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

---

<sup>2</sup> NOU 2012:2 Utenfor og innenfor, s. 578.

<sup>3</sup> TFEU – Treaty on the Functioning of the European Union.

28 July 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, paragraphs 31 and 32), or in revoking or suspending consent already granted, in order to carry out such an assessment (see, to that effect, judgment of 12 November 2019, Commission v Ireland (Derrybrien Wind Farm), C-261/18, EU:C:2019:955, paragraph 75 and the case-law cited).

It must be added that only the Court of Justice may, in exceptional cases, for overriding considerations of legal certainty, allow temporary suspension of the ousting effect of a rule of EU law with respect to national law that is contrary thereto. If national courts had the power to give provisions of national law primacy in relation to EU law contravened by those provisions, even temporarily, the uniform application of EU law would be undermined (judgment of 29 July 2019, Inter-Environnement Wallonie and Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, C-411/17, EU:C:2019:622, paragraph 177 and the case-law cited).»<sup>4</sup>  
remedy that illegality. It is for the referring court, if necessary, to carry out that assessment in the case in the main proceedings».<sup>5</sup>

Vi ser at direktivene innebærer at der det ikke er utført de miljøvurderinger de krever, skal nasjonale myndigheter utnytte alle muligheter de har etter nasjonal rett til å avhjelpe virkningene av at de påkrevde miljøutredningene ikke er foretatt, og som eksempler nevnes at tillatelsen suspenderes eller tilbakekalles. EU-domstolen forankrer dette i den alminnelige lojalitetsplikten etter unionstraktaten art. 4(3). I EØS-avtalen gir art. 3 grunnlag for en tilsvarende lojalitetsplikt. Denne bestemmelsen gjelder, i henhold til lov 109/1992, EØS-loven, § 1 også som norsk lov. EU-domstolens tilnærming er ikke helt lett å forene med den vi finner i norsk rettspraksis.

### **3. Avslutning**

I dette lille notatet har jeg ikke tatt stilling til hvilke krav EØS-retten stilte til konsekvensutredninger da konsesjonssøknaden i sin tid ble behandlet. Jeg har heller ikke drøftet spørsmålet om alene den omstendighet at det har gått lang tid fra søknad ble innvilget til aktivitet i henhold til konsesjonen igangsettes, medfører at det må utarbeides nye konsekvensutredninger. Endelig har jeg ikke vurdert om de konsekvensutredninger som faktisk er foretatt tilfredsstillende de krav EØS-retten setter. Det jeg har forsøkt å vise med notatet, er at dersom utredningene ikke tilfredsstillende de kravene EØS-retten setter, kan norske myndigheter gjøre lite annet enn å suspendere virkningene av konsesjonen til

---

<sup>4</sup> C-24/19 A m.fl., avsnitt 82 til 84.

<sup>5</sup> Domskonklusjonen pkt. 3.

EØS-konforme konsekvensutredninger er foretatt, eller trekke konsesjonen tilbake.  
Kompetansen til å gjøre dette følger av de alminnelige reglene om forvaltningens adgang til å omgjøre vedtak, og av EU-domstolens praksis følger det at denne kompetansen da må benyttes slik at bruddene på EØS-retten avhjelpes.

Åsgårdstrand 20. november 2020

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Finn Arnesen', written in a cursive style.

Finn Arnesen  
Professor dr. juris