

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 OSLO

Vår dato: 27.08.2021
Vår ref.: 201501190-108
Arkiv: 511
Deres dato:
Deres ref.:

Saksbehandler:
Magnus Tandberg Holth
math@nve.no

Lillesand Vind AS - Oversendelse av klage på avslag om endring av adkomstvei og utsatt frist for idriftsettelse for Lillesand vindkraftverk

Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) avslo den 28.06.2021 søknad om endring av adkomstvei og utsatt frist for idriftsettelse for Lillesand vindkraftverk i Lillesand kommune i Agder.

NVE har mottatt én klage på vedtakene. Klagen er gitt innen klagefristen, og tilfredsstillende vilkårene for klagerett i forvaltningslovens kapittel VI. NVE har forberedt klagen i tråd med forvaltningsloven § 33.

Vi kan ikke se at klagen på våre avslag om endring av adkomstvei og utsatt frist for idriftsettelse for Lillesand vindkraftverk gir grunnlag for å endre vedtakene. Klagen oversendes derfor til Olje- og energidepartementet (OED) for endelig avgjørelse.

1. Bakgrunn for saken

Lillesand Vind AS (LV) har konsesjon i medhold av energiloven for å bygge og drive Lillesand vindkraftverk i Lillesand kommune. NVE ga konsesjon til prosjektet i vedtak av 25.09.2015 og OED stadfestet konsesjonen i vedtak av 30.11.2016.^{1,2}

NVE godkjente MTA og detaljplan 09.11.2020.³ Godkjenningen ble påklaget, og klagen ble oversendt OED 17.03.2021 for endelig avgjørelse.⁴

1.1. Endring av adkomstvei

NVE mottok den 05.03.2021 søknad om endring i gjeldende anleggskonsesjon for Lillesand vindkraftverk. Endringen besto i at Nordbøveien ble søkt inkludert i anleggskonsesjonen for Lillesand vindkraftverk, slik at tillatelse for oppgradering av veien ville hatt hjemmel i energiloven.

¹ NVE ref. 201501190-31

² NVE ref. 201501190-48

³ NVE ref. 201914122-23

⁴ NVE ref. 201914122-83



Søknaden ble begrunnet med at LV mener Lillesand kommune tidligere ønsket Nordbøveien som vindkraftverkets adkomstvei, men nå har snudd og avslått deres søknad om dispensasjon fra arealplan og rammetillatelse for utbedring av veien.

NVE avslo søknaden i vedtak av 28.06.2021.⁵ Vedtaket ligger som vedlegg til dette brevet.

1.2. Utsatt frist for idriftsettelse

I anleggskonsesjonen for Lillesand vindkraftverk av 30.11.2016 ble det satt frist for idriftsettelse av anlegget innen 31.12.2020.⁶ Den 18.02.2020 innvilget NVE utsatt frist for idriftsettelse av Lillesand vindkraftverk fra 31.12.2020 til 31.12.2021.⁷

NVE mottok den 28.04.2021 søknad om utsatt frist for idriftsettelse av Lillesand vindkraftverk fra 31.12.2021 til 31.12.2022. LV skrev i søknaden at Lillesand kommune har iverksatt prosesser for å forsinke og stoppe prosjektet, og at de er blitt forhindret i å fortsette igangsatte anleggsarbeider av årsaker som utelukkende er utenfor konsesjonærens kontroll.

De skrev også at Lillesand kommune har gått fra å anbefale konsesjon, gitt dispensasjon fra kommunens arealplan til planområdet og bevilget 1,4 millioner til å oppgradere nødvendig adkomstvei, til nå å være negative til utbyggingen og ha trukket tilbake dispensasjonen for planområdet.

I vedtak av 28.06.2021 avslo NVE søknad av 28.04.2021. Vedtaket ligger som vedlegg til dette brevet.

2. Klagen

NVE har mottatt en klage på vedtakene. Klagen kom fra Wikborg Rein Advokatfirma AS, som representerer LV. Klagen er oppsummert under, og ligger i sin helhet som vedlegg til dette brevet.

2.1. Hovedpunkter i klagen

LV klager på begge vedtakene som ble fattet av NVE 28.06.2021. De skriver at vedtakene påklages på grunn av mangler ved saksbehandlingen, materiell kompetansesvikt og mangler ved skjønnsutøvelsen.

2.1.1 Mangler ved saksbehandling

LV klager på mangler ved saksbehandlingen på begge vedtakene. De viser til at enkeltvedtak skal grunngis samtidig med at vedtaket fattes, jf. forvaltningsloven § 24 og at krav til begrunnelse fremgår av forvaltningsloven § 25. LV mener NVEs vedtak av 28.06.2021 ikke oppfyller disse kravene.

Videre skriver LV at NVEs vedtak inneholder få drøftelser, og anfører at det ikke er mulig å se hvilke vurderinger NVE selv har gjort eller hvilke hovedhensyn som er vektlagt i konklusjonen. Uten en selvstendig vurdering eller fremstilling av hensynene vedtakene bygger på, anfører de at kravene til begrunnelse ikke oppfylles.

Endring av adkomstvei

LV mener vedtaket om endring av adkomstvei kun bygger på en henvisning til en forutsetning for konsesjonsvedtaket av 2015. De mener NVE ikke drøfter hvilken betydning det faktiske hendelsesforløpet har for konsesjonærs mulighet til å oppfylle forutsetningen, hvilke roller partene har

⁵ NVE ref. 201501190-94

⁶ NVE ref. 201501190-49

⁷ NVE ref. 201501190-73



hatt i forsinkelsen, eller hvilke hensyn som tilsier at forutsetningen fortsatt skal gjelde når LV etter gjentatte forsøk ikke får kommunale tillatelser.

LV skriver at de i realiteten har hatt tre og et halvt år til å realisere anleggsveien, ikke fem som NVE har lagt til grunn. Hvis dette hadde blitt vurdert, kunne ikke NVE ifølge LV kommet frem til en konklusjon om at konsesjonæren hadde hatt tilstrekkelig tid. De viser til at årsaken til at anleggsveien ikke er på plass er fordi Lillesand kommune først anmodet om å bruke en annen transportvei (Nordbøveien) enn det prosjektet opprinnelig var planlagt med, men senere ikke gav tillatelse til denne løsningen.

Utsatt frist for idriftsettelse

LV mener at NVE ikke har drøftet relevansen av andre saker som departementet nylig har tatt stilling til og som vises til i søknaden av 28.04.2021. Videre skriver de at NVE ikke drøfter hvordan uttalelsene i vedtak 799 av Stortinget eller kommentarene til denne i Prop. 1 S (2020 – 2021) forstås eller anvendes.

2.1.2 Materiell kompetansesvikt

LV mener vedtaket av 28.06.2021 er ugyldig på grunn av materiell kompetansesvikt.

Feil faktisk grunnlag

LV viser til NVEs vurdering av at konsesjonæren har hatt tilstrekkelig tid til å realisere vindkraftverket, men ikke drøftet eller diskutert årsakene til hvorfor konsesjonæren er forsinket, eller om konsesjonær kan lastes for forsinkelsen.

De peker videre på tre hovedårsaker til at prosjektet har blitt så forsinket at det er behov for utsatt frist for idriftsettelse.

1. NVE brukte ni måneder på å behandle MTA-planen i 2020. Konsesjonær skriver at normal saksbehandlingstid er tre måneder, med en forlenget behandlingstid på opptil seks måneder i enkelte perioder. Dette førte til at idriftsettelsen ble utsatt med tre til seks måneder
2. Lillesand kommune brukte 12 måneder på behandling av søknaden om dispensasjon for oppgradering av Nordbøveien.
3. Lillesand kommune brukte lang tid på behandling av et innbyggerinitiativ og en klage fra Motvind Norge.

LV skriver at samlet forsinkelse skyldes lengre saksbehandling enn normalt, utsettelse av høringsfrister som følge av Covid-19 og særs lang saksbehandling av innbyggerinitiativ og klager, er forhold som er utenfor konsesjonærs kontroll. De mener NVE ikke har lagt tilstrekkelig vekt på at det var vesentlige forsinkelser som lå utenfor LVs kontroll.

Feil rettsanvendelse

LV peker på at et avslag på søknad om utsatt frist for idriftsettelse skal vurderes konkret, og mener dette ikke er gjort. De mener det er vanskelig å se om NVE har vurdert eller lagt vekt på konsekvensene av et avslag for konsesjonær, og skriver videre at utsatt frist er helt nødvendig for å ha en reell mulighet til å realisere prosjektet.



Ulovlig tyngende vilkår

LV mener opprettholdelse av vilkår om at oppgradering av Nordbøveien skal avklares med Lillesand kommune er uforholdsmessig tyngende, og således i strid med den alminnelige vilkårlæren. De skriver videre at en slik innholdsmangel alltid vil medføre ugyldighet.

2.1.3 Mangler ved skjønnsutøvelsen

Konsesjonær skriver at det er en mangel ved skjønnsutøvelsen at NVE har latt være å ta hensyn til ulempene med vedtakene, og dermed utelatt vesentlige hensyn i sine vurderinger. De mener derfor at skjønnet bygger på uriktige forutsetninger.

LV mener også at NVEs skjønnsutøvelse, ved å unnlate å foreta selvstendige vurderinger og vise hvilke hensyn skjønnsutøvelsen bygger på, er mangelfull.

3. NVEs vurdering av klagesaken

3.1. Innledning

NVE kan oppheve eller endre vedtak dersom vi finner klagen begrunnet, alternativt oversende klage på våre vedtak til Olje- og energidepartementet for endelig avgjørelse (jf. forvaltningsloven. § 33).

NVE kommenterer kun nye forhold som klageren anfører og som ikke er vurder av oss i tidligere vedtak og forhold som bør utdypes nærmere.

3.2 Mangler ved saksbehandlingen

Endring av adkomstvei

LV viser til forvaltningsloven §§ 24 og 25, og mener vedtaket som avviser søknad om å inkludere Nordbøveien i anleggskonsesjonen er ugyldig, fordi begrunnelsen skal vise til de reglene som avgjørelsen bygger på.

I vedtak av 28.06.2021 begrunnet NVE avslag på søknad om endring av adkomstvei med følgende:

NVE konstaterer at det helt siden NVE første gang meddelte konsesjon for Lillesand vindkraftverk har vært lagt til grunn at nødvendige tiltak på Nordbøveien skal behandles av Lillesand kommune. Vi registrerer at kommunen har endret syn på oppgraderingen av Nordbøveien. NVE viser til at det var en forutsetning for vårt opprinnelige konsesjonsvedtak i 2015 at utbedring av adkomstvei skulle avklares i samråd med Lillesand kommune. Etter NVEs vurdering gjelder denne forutsetningen fortsatt.

En anleggskonsesjon etter energiloven kan i enkelte tilfeller omfatte både bruksrett og tillatelse til arealinngrep for turbintransport. Hovedregelen er imidlertid at anleggskonsesjon etter energiloven ikke omfatter fastsettelse av transportløsning for turbinkomponenter. Utgangspunktet er at det er kommunen som behandler slike nødvendige tiltak på vei som lokal planmyndighet etter plan- og bygningsloven. I denne saken er Lillesand kommune også veieier. NVE er oppmerksom på forholdet mellom de to lovene, også når vi vurderer søknader om innlemmelse av arealinngrep i forbindelse med transport.

Etter NVEs vurdering har ikke LV fremført sterke nok grunner for at NVE i denne saken skal bruke vår myndighet etter energiloven til å gi nødvendig tillatelse til arealinngrep knyttet til Nordbøveien, fremfor kommunen som lokal planmyndighet.



NVE er enig i at denne begrunnelsen kunne kommet klarere frem i vedtak av 28.06.2021, men mener mangelen ikke har virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Utsatt frist for idriftsettelse

I vedtak av 28.06.2021 skriver NVE følgende om utsatt frist for idriftsettelse utover 31.12.2021:

NVE viser til vårt brev av 27.11.2019 hvor vi informerte om vår praksis ved behandling av søknader om utsatt frist for idriftsettelse av vindkraftverk. I brevet står det at det NVE kan forlenge fristen for idriftsettelse av vindkraftverket utover 31.12.2021 i særlige tilfeller der konsesjonær har kommet langt i byggearbeidene og uforutsette forhold, «force majeure», hindrer idriftsettelse innen gjeldende frist.

Stortinget fattet 19.06.2020 vedtak 799 «Stortinget ber regjeringen innenfor gjeldende regelverk ikke gi forlenget frist for idriftsettelse utover 31.12.2021 for vindkraftverk på land som i dag har gyldig konsesjon.». Vedtak 799 ble kommentert i Prop. 1 S (2020-2021) «Departementet kan vanskelig se at det er forvaltningsrettslig adgang til å avslå en søknad om fristforlengelse der et vindkraftanlegg er under bygging med sikte på realisering innen 31. desember 2021, og på grunn av «force majeure» eller andre forhold utenfor konsesjonærens kontroll blir forsinket» og «Departementet kan innenfor de forvaltningsrettslige rammer også legge vekt på at kommunen har fattet eget vedtak om at søknaden bør innvilges.»

NVE konstaterer at Lillesand kommune tidligere har vært positive til å gi konsesjon til Lillesand vindkraft, gitt nødvendig dispensasjon til planområdet og bevilget penger til å oppgradere nødvendig adkomstvei. Vi konstaterer videre at kommunen nå er negative til utbyggingen og har trukket tilbake dispensasjonen til planområdet.

NVE konstaterer videre at Lillesand kommune og Agder fylkeskommune er negative til en utsatt frist for idriftsettelse utover 31.12.2021.

Etter NVEs vurdering er det flere forhold i det overnevnte som ikke er oppfylt for at LVs søknad om utsatt frist for idriftsettelse skal innvilges.

Vi mener en viktig del av vurderingen er hvor langt byggingen av Lillesand vindkraftverk har kommet. I vedtak av 28.06.2021 skriver NVE følgende om anleggsarbeidenes status ved Lillesand vindkraftverk:

NVE konstaterer at det er igangsatt skogrydding i planområdet og at ingen terrenginngrep som innebærer inngrep i bakken er gjennomført. NVE forstår det slik at forberedende byggearbeider er igangsatt, men byggingen av internveier, oppstillingsplasser og turbinfundament ikke er påbegynt.

Etter NVEs vurdering kan Lillesand vindkraftverk verken betegnes som å ha «kommet langt i byggearbeidene» eller «være under bygging», slik NVEs vedtak av 28.06.2021 nevner. Arbeidene som er gjennomført er ikke irreversible, og kan sammenlignes med vanlig skogbruk. Dette er også i tråd med Sivilombudsmannens uttalelse 2020/573 av 03.12.2020 om Kjølberget vindkraftverk, som blant annet uttaler seg om hva det vil si at et tiltak er «satt i gang» etter plan- og bygningslovens bestemmelser. Sivilombudsmannen skriver:

Avgjørende er om det er igangsatt fysiske arbeider av et slikt omfang at det er naturlig å betrakte tiltaket som igangsatt. De utførte arbeidene må være knyttet til realiseringen av selve tiltaket. Det er ikke tilstrekkelig kun å ha igangsatt forberedende arbeider.

NVE kan ikke se at begrunnelsen for avslag på utsatt frist for idriftsettelse er mangelfull i vedtak av 28.06.2021.



3.3. Materiell kompetansesvikt

Feil faktisk grunnlag

LV mener NVE ved sitt avslag på søknad om utsatt frist for idriftsettelse, ikke har lagt tilstrekkelig vekt på vesentlige forsinkelser som lå utenfor konsesjonærs kontroll. De nevner tre hovedårsaker til forsinkelsene.

I konklusjon om søknad om utsatt frist for idriftsettelse i vedtak av 28.06.2021 skriver vi:

Etter en samlet vurdering kan ikke NVE se at LV har lagt fram informasjon i søknaden av 28.04.2021 som gir NVE tilstrekkelig grunnlag for å kunne fravike vår praksis om å ikke gi utsatt frist for idriftsettelse av vindkraftverket etter 31.12.2021, jamfør brev av 27.11.2019.

I brev av 27.11.2019 står det:

I særlige tilfeller hvor konsesjonær har kommet langt i byggearbeidene, men uforutsette forhold (force majeure) hindrer idriftsettelse i tide, kan NVE likevel forlenge idriftsettelsesfristen utover 31.12.2021.

Som vi har vist til i foregående kapittel om mangler ved saksbehandlingen, har byggearbeidene med Lillesand vindkraftverk ikke kommet i gang, utover forberedende arbeider. NVEs praksis tilsier at utsatt frist for idriftsettelse dermed ikke skal innvilges. Om saker der byggingen ikke er i gang står det imidlertid i Stortingets vedtak av 19.06.2020 vedtak 799, at det «*innenfor de forvaltningsmessige rammer også legge vekt på at kommunen har fattet eget vedtak om at søknaden bør innvilges*». NVE har i vedtak av 28.06.2021 vist til at Lillesand kommune er negative til utsatt frist for idriftsettelse. På dette grunnlag har ikke NVE gjort en detaljert vurdering av årsakene til forsinkelsene i vedtak av 28.06.2021. Vi kan ikke se at vedtak av 28.06.2021 bygger på feil faktisk grunnlag.

Feil rettsanvendelse

LV hevder at NVE ikke har vurdert deres søknad om utsatt frist for idriftsettelse konkret, og at det medfører at vedtak av 28.06.2021 er ugyldig.

NVE viser til vurderinger om fremdriften av bygningsarbeidene ved Lillesand vindkraftverk tidligere i dette dokumentet, og mener det konkrete prosjektets fremdrift er vurdert mot vanlig praksis for forlengelser av frist for idriftsettelse. Vi kan ikke se at vedtak av 28.06.2021 bygger på feil rettsanvendelse.

Ulovlig tyngende vilkår

LV anfører at NVE i sitt vedtak om endring av adkomstvei, konstaterer at kommunal godkjenning av utbedring av Nordbøveien var en forutsetning da det ble gitt konsesjon i 2015. LV anfører at dette betyr at forholdet er å anse som et vilkår. Videre hevder de at et slikt vilkår vil være ulovlig tyngende, fordi det ikke er mulig å oppfylle innen fristen for å kunne realisere prosjektet.

NVE viser til våre vurderinger i kapittel 3.2 – Endring av adkomstvei. Vi mener det ikke er NVEs avslag i vedtak av 28.06.2021 som er tyngende, men Lillesand kommunes avslag på LVs søknader om Nordbøveien. NVE er ikke uenig i at Lillesand kommunes avslag på LVs søknader vanskeliggjør realiseringen av konsesjonen til å bygge og drive vindkraftverket. NVE mener imidlertid at LV ikke har et rettskrav på at NVE inkluderer arealinngrep i anleggskonsesjonen når kommunen avslår søknaden/ene. NVE forstår LVs argumentasjon slik at de mener at konsesjonær etter energiloven har et slikt rettskrav der kommunen avslår søknad etter plan- og bygningsloven.



NVE mener LV ikke treffer når de omtaler forutsetningen om at tillatelse til arealinngrep på Nordbøveien skal godkjennes av kommunen som lokal planmyndighet som et «tyngende vilkår». Kravet om saklig sammenheng og forbudet mot uforholdsmessig tyngende vilkår tar primært sikte på situasjoner der forvaltningen knytter nye plikter til tillatelser som er til gunst for parten. NVE har ikke skapt en ny plikt overfor LV ved å ikke inkludere tillatelse til arealinngrep på Nordbøveien i anleggskonsesjonen. Som nevnt tidligere, er utgangspunktet at slike arealinngrep godkjennes av kommunen. Det NVE har gjort, er å avslå en søknad om å utvide anleggskonsesjonens virkeområde.

NVE har vist til at tiltaket krever tillatelse etter plan- og bygningsloven. Når NVE flere ganger har vist til forutsetningen om at utbedringer av Nordbøveien må avklares med kommunen, har dette også vært for å gjøre LV oppmerksom på at dette forholdet faller utenfor NVEs behandling av prosjektet.

For øvrig er de fleste tiltak med hjemmel i energiloven også avhengig av tillatelser etter annet regelverk, eventuelt også privatrettslige avtaler. Det at NVE har gjort LV oppmerksom på behovet for tillatelser etter annet regelverk, er noe annet enn at det settes vilkår om tillatelser NVE ikke er myndighet for.

3.4. NVEs skjønnsutøvelse

LV hevder det er en mangel ved NVEs skjønnsutøvelse at vi har latt være å ta hensyn til ulempene med vedtaket, og at vedtak av 28.06.2021 bygger på uriktige faktiske forutsetninger.

NVE har tidligere i dette dokumentet gjort rede for hvorfor vi mener vårt vedtak av 28.06.2021 om adkomstvei ikke i seg selv er tyngende for LV, og at vi mener vedtaket heller ikke bygger på uriktige faktiske forutsetninger. Vi viser til redegjørelsen for dette over.

I vedtaket om utsatt frist for idriftsettelse vurderte vi at et eventuelt bortfall av konsesjon vil ha negative økonomiske konsekvenser for LV. Videre mente vi at vi ikke hadde grunnlag for å fravike vår praksis om å ikke gi utsatt frist for idriftsettelse etter 31.12.2021, jfr. kapittel 3.2 over. Følgelig så vi det heller ikke som nødvendig med en grundigere vurdering av LVs negative konsekvenser av avslaget, fordi vi mente det uansett ikke ville endre vurderingen av om det skulle gis fristutsettelse utover 31.12.2021 i saken. Vi kan ikke se at vedtak av 28.06.2021 har mangler ved skjønnsutøvelsen.

Konklusjon

NVE kan ikke se at det i klagen har kommet frem nye opplysninger som gir grunnlag for å endre våre vedtak av 28.06.2021. Klagen oversendes derfor Olje- og energidepartementet til endelig avgjørelse i henhold til forvaltningsloven § 33.

Alle sakens dokumenter er gjort tilgjengelige for departementet gjennom internettløsningen SeDok.

Med hilsen

Inga Katrine Johansen Nordberg
direktør

Erlend Bjerkestrand
seksjonssjef

Dokumentet sendes uten underskrift. Det er godkjent i henhold til interne rutiner.

Vedlegg:

- Lillesand Vind AS sin klage av 07.07.2021 på NVEs vedtak av 28.06.2021
- NVEs vedtak av 28.06.2021 om Lillesand vindkraftverk.



Kopi til:

ASKO FORNYBAR AS v/Ronny Johnsrød
ASKO ROGALAND AS v/TOR HELGE KJELLBY
Lillesand kommune
LILLESAND VIND AS