

Wikborg Rein & Co
Postboks 1513 Vika
0117 OSLO

Deres ref

Vår ref
16/2628-

Dato
12. januar 2024

Vedtak – Klagesak om avslag på søknad om utsatt frist for idriftsettelse for Lillesand vindkraftverk

1 Bakgrunn

E18 Vindpark AS fikk konsesjon fra Norges vassdrags- og energidirektorat («NVE») den 25. september 2015 til å bygge og drive Lillesand vindkraftverk i Lillesand kommune. Vedtaket ble påklaget og stadfestet av Olje- og energidepartementet den 30. november 2016. Konsesjonæren skiftet senere navn til Lillesand Vind AS (heretter «LV»).

I begrunnelsen for konsesjonstildelingen fremgikk det at NVE forutsatte at utbedring av atkomstvei til planområdet avklares i samråd med Lillesand kommune.

Lillesand kommune ga vindkraftverket dispensasjon fra kommuneplanen den 25. juni 2019. Den 1. november 2019 sendte LV søknad til NVE om konsesjonsendring. Bakgrunnen for søknaden var at Lillesand kommune hadde oppfordret LV til å benytte en annen vei enn den som var planlagt – Nordbøveien (FV402) – som atkomstvei til planområdet. Ved brev av 31. oktober 2019 bekreftet Lillesand kommune at de var positive til oppgraderingene av Nordbøveien i forbindelse med utbygging av vindkraftverket, forutsatt at konsesjonæren søkte kommunens plan- og bygningsmyndighet om dispensasjon og byggetillatelse for tiltaket og at nødvendige grunnverv gjennomføres. Bystyret i Lillesand kommune bevilget også 1,4 millioner kroner eks. mva. som bidrag til de ekstra kostnadene veibyttingen ville ha for LV.

LV søkte om dispensasjon og byggetillatelse til oppgradering av Nordbøveien fra Lillesand kommune i februar 2020. Etter puring fra LV i mai og august 2020 ba kommunen LV om å sende en ny søknad. Dette ble sendt i oktober 2020. Plan- og miljøutvalget i Lillesand

kommune avslo søknaden den 2. februar 2021. LV påklaget vedtaket til bystyret, som stadfestet avslaget den 7. april 2021. I samme periode besluttet kommunen å trekke tilbake dispensasjonen for planområdet som ble gitt i 2019. Dette vedtaket ble senere opphevet av Statsforvalteren i Agder ved vedtak av 1. desember 2021.

Status per i dag er derfor at LV ikke har nødvendig planavklaring fra kommunen til å oppgradere atkomstveien til planområdet.

LV sendte søknad til NVE den 5. mars 2021 om at Nordbøveien med omkringliggende areal inkluderes i konsesjonsområdet. Den 28. april 2021 ble det også søkt om utsettelse av fristen for idriftsettelse. NVE avslo begge søknader den 28. juni 2021. LV påklaget vedtaket til Olje- og energidepartementet, som i vedtak av 20. desember 2021 innvilget utsettelse av idriftsettelsesfristen til 31. desember 2022.

Den 18. februar 2021 anmodet LV om at konsesjonen gis virkning som statlig arealplan, jf. plan- og bygningsloven § 6-4 tredje ledd. Departementet avslo søknaden 1. juli 2022. Samtidig opphevet departementet NVEs avslag av 28. juni 2021 på søknad om endring av konsesjonsområdet.

Den 3. oktober 2022 søkte LV v/ Wikborg Rein Advokatfirma AS om ytterligere utsettelse av idriftsettelsesfristen, nå til 31. desember 2024. Begrunnelsen for søknaden var at Lillesand kommune forsinker realiseringen av vindkraftverket og at dette er forhold utenfor LVs kontroll. NVE avslo søknaden i vedtak av 24. februar 2023. LV påklaget avslaget den 17. mars 2023. NVE kunne ikke se at klagen ga grunnlag for å endre vedtaket, og oversendte saken til Olje- og energidepartementet den 16. mai 2023.

2 Klagers hovedanførsler

LV mener NVEs vedtak medfører et grovt urimelig resultat for selskapet. OEDs vedtak om avslag på statlig plan og avklaringer av konsesjonens rekkevidde ble fattet 1. juli 2022. Departementet la i vedtaket til grunn at LV og kommunen kan komme til enighet vedrørende planavklaring for Nordbøveien. Vedtaket ble fattet under seks måneder før fristens utløp, og vindkraftverket kan ikke realiseres innenfor denne tidsperioden. Uten ytterligere fristutsettelse får ikke LV en reell sjanse til å komme til enighet med kommunen.

Det foreligger også saksbehandlingsfeil ved at NVEs begrunnelse er mangelfull. Begrunnelsen må vise at alle relevante momenter er vurdert og hvilke hovedhensyn som er vektlagt. Vedtaket inneholder få drøftelser, og LVs anførsler i søknaden synes ikke å ha vært vurdert. Det er god grunn til å tro at feilen har virket inn på innholdet og at vedtaket derfor er ugyldig, jf. fvl. § 41. At NVE ikke har vurdert LVs anførsler utgjør også en materiell kompetansemangel. LV mener derfor vedtaket er ugyldig.

Det foreligger også feil ved NVEs skjønnsutøvelse. NVE har utelatt grunnleggende og vesentlige hensyn i vurderingen. At NVE ikke har vurdert LVs anførsler taler for at

vurderingen har vært vilkårlig. Fordeler og ulemper er ikke vurdert. Det er god grunn til å tro at feilen har virket inn på innholdet og at vedtaket er ugyldig.

Etter gjeldende konsesjonsregime hadde ikke kommunen kunnet hindre realiseringen av prosjektet etter tildeling av konsesjon. Det er ikke rimelig at en manglende avklaring for i hovedsak midlertidige tiltak på en transportvei, som er etterspurt av kommunen selv, resulterer i at LV potensielt ikke får realisert prosjektet og påføres et stort tap. LV anmoder om at vedtaket endres i tråd med søknaden.

3 Departementets vurdering

3.1 Ugyldighetsinnsigelsen

Departementet tar først stilling til anførselen om at NVEs vedtak er ugyldig.

Forvaltningsloven § 25 stiller relativt beskjedne krav til innholdet i begrunnelsen for et vedtak. Siste ledd, første punktum bestemmer at «*De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes*». Bestemmelsen må suppleres av rettspraksis, som viser at kravet til begrunnelsen skjerpes etter hvor inngripende vedtaket er, se for eksempel Rt. 2000 s. 1056. Forvaltningen må ta stilling til partens anførsler i en søknad, men det er ikke et generelt krav at begrunnelsen refererer alle vurderinger som er foretatt knyttet til anførslene.¹ Hovedformålet med begrunnelsen er at den vedtaket retter seg mot skal settes i stand til å forstå vedtaket.

Departementet kan ikke se at NVEs begrunnelse er mangelfull. NVE peker på den varslede innstramningen av praksis for fristutsettelse, at LV fortsatt mangler nødvendig tillatelse, og at kommunen er negativ til å gi utsatt frist. I tillegg peker NVE i punkt 5.3 på at de tidligere har begrunnet avslag på søknad om fristutsettelse med at LV etter at konsesjonen ble gitt har hatt tilstrekkelig tid til å realisere vindkraftverket, og i punkt 5.4 fastholdes samme synspunkt på nytt. Ettersom det er kjent at anleggskonsesjonen ble tildelt i 2015 er departementet ikke enig i klagers anførsel om at det ikke er mulig å fastslå hvilken tidsramme NVE har lagt til grunn. NVE har også synliggjort at de ikke legger avgjørende vekt på den uhjemlede myndighetsutøvelsen siden forholdet er reparert.

Av samme grunn mener departementet at NVE sannsynligvis har vurdert de relevante momenter i saken, herunder LVs anførsler i søknaden. Departementet er heller ikke enig i at NVEs skjønnsutøvelse fremstår vilkårlig. Departementet viser for øvrig til at LVs anførsler til saksbehandlingen er vurdert i departementets klagesaksbehandling, og at eventuelle feil ved NVEs vedtak uansett ikke gjør seg gjeldende for det endelige utfallet i saken.

Departementet kan ikke se at NVEs vedtak er grovt urimelig. Urimeligheten som LV anfører – herunder at LV eventuelt vil lide et økonomisk tap – skyldes kommunens håndtering av planene for vindkraftverket. NVE og departementet må like fullt forholde seg til de faktiske

¹ Sivilombudets årsmelding 1986 s. 107, jf. Graver «Alminnelig forvaltningsrett» 5. utg. s. 479.

omstendighetene i denne saken, herunder de beslutninger kommunen gyldig har fattet. For øvrig vises det til departementets vurdering i neste punkt.

3.2 Departementets vurdering av søknaden

Departementet kan under klagebehandlingen prøve alle sider av saken, herunder ta hensyn til nye omstendigheter, jf. forvaltningsloven § 34. Spørsmålet er om LVs søknad om utsettelse av idriftsettelsesfristen i konsesjonens vilkår nr. 1 skal innvilges. Det rettslige grunnlaget er energiloven § 10-4 annet ledd, jf. § 2-1.

Innledningsvis bemerker departementet at energiloven § 2-2 første ledd, tredje punktum bestemmer at vindkraftanlegg ikke kan gis konsesjon før tiltaket er planavklart etter plan- og bygningsloven. I og med at endringssøknaden gjelder endring av et vilkår om byggefrist etter § 10-4, er ikke kravet om planavklaring i § 2-2 til hinder for at departementet kan ta søknaden til realitetsbehandling.

Konsesjonær har ikke et rettskrav på å få søknad om konsesjonsendringen innvilget. Spørsmålet om søknaden skal innvilges beror på en konkret skjønnsmessig vurdering. Det heter i Meld. St. nr. 25 (2015-2016) s. 193 (punkt 15.3.1) at det er ønskelig å begrense videreføring av konsesjoner som er gitt der det ikke er utsikter til å få realisert prosjektet innenfor en rimelig tidshorisont.

Departementet legger vekt på LVs mulighet for dialog med kommunen om planavklaring av atkomstvei langs Nordbøveien. Forholdene lå til rette for dialog etter at Statsforvalteren i Agder i vedtak av 1. desember 2021 konkluderte med at kommunens tilbaketrekking av dispensasjonsvedtaket fra 2019 var ugyldig. Dette er snart to år siden. Departementets avslag på anmodning om statlig plan av 1. juli 2022 ga LV og kommunen en ytterligere oppfordring til dialog. Det er nå snart halvannet år siden. Departementet mener derfor at LV har hatt tilstrekkelig tid til dialog med kommunen.

På den annen side er departementet enig i at kommunens håndtering av planene for vindkraftverket forut for avslaget 2. februar 2021 ga LV en berettiget forventning om at kommunen ville gi dispensasjon for utbedring av Nordbøveien. Departementet er også enig i at LV neppe kan klandres for at prosjektet er blitt ytterligere forsinket. Dette endrer likevel ikke utgangspunktet om at risikoen for å få alle nødvendige tillatelser påhviler LV, og at LV er avhengig av å få nødvendige tillatelser for å kunne realisere prosjektet. Kommunen har fastholdt sitt negative syn på prosjektet siden april 2021. LVs og kommunens brev om status datert 6. og 20. november 2023 viser etter departementets syn at det er lite sannsynlig at kommunen vil endre sitt syn på prosjektet i nærmeste fremtid.

Departementet finner videre at LV i samme periode har hatt tilstrekkelig tid til å undersøke alternative løsninger for atkomstvei. LV opplyser i brevet av 20. november 2023 at alternative atkomstveier har blitt undersøkt, uten at disse forsøkene har ført frem. Etter dette fremstår det lite sannsynlig at prosjektet kan realiseres innen en rimelig tidshorisont. Dette taler med tyngde mot å gi fristutsettelse.

At prosjektet båndlegger areal i kommunen og at en eventuell fristutsettelse synes å bidra til at lokale konflikter opprettholdes, taler i samme retning.

Etter en samlet helhetsvurdering finner departementet at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å endre NVEs vedtak og innvilge søknaden om utsatt idriftsettelsesfrist.

4 Vedtak

Klagen tas ikke til følge. NVEs vedtak av 24. februar 2023 stadfestes.

Departementets vedtak i klagesaken kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd, tredje punktum.

Med hilsen

Trond Ulven Ingvaldsen (e.f.)
avdelingsdirektør

Tuva Hassel
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Kopi:
Norges vassdrags- og energidirektorat