

Fornybardirektivet 2023 og forholdet til kommunalt selvstyre

9. september 2024

Innholdsfortegnelse

1	Sammendrag	2
2	Generelt om Fornybardirektivet 2023	3
3	Vurdering av enkeltregler i Fornybardirektivet 2023	4
3.1	To-års-fristen for saksbehandling.....	4
3.2	Krav om at søkere kan forholde seg til én myndighetsinstans	5
3.3	Fastsettelse av akselerasjonsområder	5
3.4	Betydningen av presumsjon om overveiende samfunnsinteresser	6

1 Sammendrag

Dette fagnotatet inneholder en oppdatert vurdering av endringsdirektivet fra 2023 til EUs fornybardirektiv fra 2018 når det gjelder direktivets innvirkning på det kommunale selvstyret i Norge. Vurderingen er foretatt per september 2024. På dette tidspunktet er verken EUs fornybardirektiv fra 2018, eller endringsdirektivet fra 2023, tatt inn i EØS-avtalen. Bakgrunnen for fagnotatet er blant annet at det er reist spørsmål om 2023-direktivet bør påvirke den norske vurderingen av om 2018-direktivet tas inn i EØS-avtalen.

Vurderingen her er gjort etter beste skjønn innenfor en begrenset tidsramme. Det er fortsatt en generell usikkerhet knyttet til forståelsen av 2023-direktivet. Den norske regjeringen har foreløpig ikke offentliggjort noen egen vurdering av direktivet. 2023-direktivet er også lite klargjort i rettspraksis, litteratur eller i veiledende dokumenter eller posisjoner fra EU-Kommisjonen. Det er også generelt mer krevende å vurdere konsekvensene av et endringsdirektiv, når det opprinnelige direktivet enda ikke er tatt inn i EØS-avtalen og gjennomført i Norge.

Hovedkonklusjonene i vurderingen er som følger:

- **Innlemmelse av direktiver i EØS-avtalen:** I utgangspunktet skal all EØS-relevant EU-lovgivning innlemmes i EØS-avtalen. Dersom Norge eller andre EFTA-stater likevel motsetter seg dette, kan det føre til både formelle og uformelle motreaksjoner fra EU. Etterslep eller reservasjoner kan også ramme norske kommuner i form av tap av tillit fra selskaper, arbeidstaker og investorer til EØS-samarbeidet som sådan (se NOU 2024:7 s. 15).
- **Separat vurdering:** Endringsdirektivet av 2023 er EØS-relevant og skal i utgangspunktet tas inn i EØS-avtalen, uavhengig av om fornybardirektivet av 2018 er tatt inn i EØS-avtalen eller ikke. Dette medfører at innlemmelse av 2018-direktivet bør vurderes uten å ta hensyn til 2023-direktivet.
- **Begrenset innvirkning på lokalt selvstyre:** 2023-direktivet har ikke bestemmelser som vesentlig innskrenker lokalt selvstyre. Vurderingen her gjennomgår særlig bestemmelsene om saksbehandling, reglene om akselerasjonsområder, og direktivets presumsjon om tilstedeværelse av overveiende samfunnsinteresser ved utbygging av fornybar kraft. Direktivet kan samtidig føre til at kommuner mottar flere initiativ til utbygging av fornybar kraft, som de kan si ja eller nei til. På denne måte kan direktivet styrke det reelle kommunale selvstyret.
- **Nasjonale vurderinger og regelverk er sentrale:** Det er viktig at nasjonale myndigheter vurderer de EØS-rettslige spørsmålene likt som her. I motsatt fall kan man havne i en situasjon hvor den nasjonale gjennomføringen svekker lokalt selvstyre, selv om det ikke er EØS-rettslig påkrevd.

2 Generelt om Fornybardirektivet 2023

Fornybardirektivet av 2023 er et endringsdirektiv til det generelle fornybardirektivet av 2018. Endringsdirektivet trådte i kraft i EU 20. november 2023. Den konsoliderte teksten av direktivet med endringene fra 2023 er tilgjengelig på EUs nettsider.¹

Regjeringen har på nåværende tidspunkt ikke tatt stilling til 2018-direktivet skal inntas i EØS-avtalen. 2018-direktivet utgjør derfor et vesentlig etterslep på energiområdet, som EU formelt har tatt opp med Norge ved flere anledninger. På tross av at det ikke er tatt noen norsk avgjørelse om innlemmelse av 2018-direktivet foreløpig, gjennomførte regjeringen likevel en høring av 2023-direktivet. Høringen var da kun knyttet til selve direktivteksten, uten at regjeringen supplerte med noen egne vurderinger. KS besvarte denne høringen, og påpekte blant annet svakheten ved fraværet av egne norske forklaringer og vurderinger av direktivet. Regjeringen har i etterkant av denne høringen lagt ut spørsmål og svar knyttet til fornybardirektivet av 2018.² Det er imidlertid ikke publisert noen ytterligere vurdering av 2023-direktivet.

Fagnotatet foretar ikke noen bred gjennomgang av fornybardirektivene. Det overordnede formålet med fornybardirektivet av 2018 og også endringsdirektivet av 2023 er å etablere et felles europeisk rammeverk for å fremme fornybar energi. Et slikt felles forutsigbart regelverk kan dytte energiselskaper i større grad til å satse på fornybar energi i det indre marked. Så fremt lokale myndigheter beholder myndigheten til å si ja eller nei, kan derfor regelverket øke antall henvendelser eller søknader lokale myndigheter får om etablering av ny kraftproduksjon. Regelverket kan altså medføre at kommuner i større grad enn før, får aktuelle muligheter til etablering av fornybar energi som de selv kan ta stilling til om de ønsker. På denne måten kan regelverket derfor generelt være positivt for det reelle kommunale selvstyret.

De bestemmelser i fornybardirektivet 2023 som fremstår relevante å vurdere opp mot det kommunale selvstyret, er i første rekke saksbehandlingsfristene, krav om at søkere kan forholde seg til én myndighetsinstans, presumsjon om overveiende samfunnsinteresser og krav til fastsettelse av akselerasjonsområder. Disse reguleringene går til dels igjen i de nylig vedtatte forordningene om nullutslippsindustri («Net Zero Industry Act» eller «NZIA») og om kritiske råmaterialer («Critical Raw Materials Act» eller «CRMA»). Dette innebærer at de nasjonale valg som tas knyttet til fornybardirektivet 2023, kan tenkes å bli førende også for disse noe senere vedtatte regelverkene.

Fornybardirektivet med endringene i 2023 er foreløpig nokså lite omtalt i akademisk litteratur. Av relevante arbeider er det særlig en analyse av miljørettsprofessor Jan Darpö ved Uppsala Universitet

¹ Se <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/2001>

² Se https://www.regjeringen.no/no/tema/energi/eueos_og_energi/sporsmal-og-svar-om-fornybardirektivet/id3047839/?expand=factbox3047843

fra mars 2024 som peker seg ut.³ Analysen drøfter ikke det lokale selvstyret konkret, men er rettet mot forholdet mellom naturmangfold og fornybardirektivet. Darpö behandler likevel mange av de samme problemstillingene som i notatet her. Darpös hovedkonklusjon er at fornybardirektivet av 2023 ikke gir grunn til særlig bekymring for naturmangfoldet i medlemsstater som er lojal mot EUs regler som helhet, og andre internasjonale forpliktelser knyttet til miljø. Dette er relevant også for kommunene, fordi konklusjonen også omfatter kommuners rom til å verne arealer og naturmangfold.

3 Vurdering av enkeltregler i Fornybardirektivet 2023

3.1 To-års-fristen for saksbehandling

Fornybardirektivet 2018 fastsetter en generell toårsfrist knyttet til det offentlige tillatelser for å bygge ut fornybar kraft (artikkel 16). Energidepartementets foreløpige vurdering er at 2018-direktivets frist for saksbehandling, ikke omfatter kommunenes planprosesser. Et viktig spørsmål er om dette også gjelder for 2023-direktivet.

Saksbehandlingsfristen er regulert i artikkel 16. I 2023-direktivet er ordlyden at tillatelsesprosessen skal omfatte «all relevant administrative permits...» for å bygge eller drive fornybar kraftproduksjon. Ordlyden «all» er ny sammenlignet med 2018-direktivet, for øvrig er teksten på dette punkt lik.

Det fremstår mest nærliggende at frasen om alle relevante forvaltningstillatelser skal tolkes slik at den også omfatter kommunal *byggetillatelse*. Denne tillatelsen er regulert i plan- og bygningsloven. Kommuner vil i så fall være pliktig å ta stilling til en søknad om byggetillatelse innenfor toårsfristen. Søknaden om byggetillatelse må imidlertid avslås dersom reguleringsplanen sperrer for innvilgelse.

Det fremstår langt mer tvilsomt om en *omregulering* til annen bruk enn eksisterende kan anses som en relevant forvaltningstillatelse etter artikkel 16. Arealforvaltning setter *generelle* rammer for utnyttelse av områder, og er i seg selv lite naturlig å betegne som en tillatelse («permit»). Det fremstår av denne grunn mest sannsynlig at to-års-fristen *ikke* gjelder kommunal behandling av en områderegulering.

Det er ellers ingen holdepunkter for at saksbehandlingsfristen innskrenker kommunens valg til å si nei til en søknad. Poenget med saksbehandlingsfristen er at det offentlige må gjennomføre en forsvarlig saksbehandling innenfor de fastsatte fristene, og på bakgrunn av dette enten si ja eller nei til en søknad om å bygge ut fornybar kraft.

Et ellers grunnleggende poeng knyttet til saksbehandlingsfristen, er at fristen først starter å løpe når myndighetene har mottatt en *komplett* søknad. I denne sammenheng kan medlemsstatene stille

³ Jan Darpö, *Will European biodiversity be sacrificed on the Green transition altar...? – Perspectives on habitats and species protection in times of energy crises*, datert 18. Mars 2024. Tilgjengelig på nett her: http://jandarpö.se/wp-content/uploads/2024/04/2024-EELF-RED-III-Final_Ed.pdf

strengt krav til hva som anses som en komplett søknad. Darpö peker eksempelvis på at det formodentlig er tillatt å kreve en offentlig godkjent konsekvensutredning som vilkår for å kunne fremme søknad.⁴ Darpö viser til at Finland har et slikt system i dag.

I tillegg kan også saksforbehandlingsfristen forlenges med 6 måneder etter mottak av komplett søknad, dersom ekstraordinære omstendigheter i en konkret sak tilsier dette.

Dette synes også å innebære at plan- og bygningslovens særlige regler om kommunale områdereguleringer for vindkraftanlegg ikke påvirkes direkte av 2023-direktivet. Sverige har for øvrig tilsynelatende et strengere regime enn det norske, hvor kommuner har et formelt veto over vindkraftanlegg. Darpö vurderte den svenske vetoordningen i 2020 til å sannsynligvis være forenlig med fornybardirektivet av 2018. Det er vanskelig å se hvordan 2023-direktivet skal påvirke denne konklusjonen.

Den kommunale delen av saksbehandlingen må samtidig oppfylle krav til proporsjonalitet og forutberegnelighet.⁵ Det er derfor viktig med et nasjonalt gjennomføringsregelverk som ivaretar dette godt.

3.2 Krav om at søkere kan forholde seg til én myndighetsinstans

Fornybardirektivet 2023 innfører en ny bestemmelse i artikkel 16 nr. 3. Det følger av denne at medlemsstatene skal angi ett eller flere kontaktpunkt. Kontaktpunktene skal veilede og tilrettelegge søkere gjennom hele søknadsprosessen. Søkere skal ikke måtte kontakte flere enn ett kontaktpunkt gjennom hele søknadsprosessen.

Det følger av ordlyden i bestemmelsen at kravet knytter seg til et kontaktpunkt for kommunikasjon. Bestemmelsen forutsetter ikke at kontaktpunktet er myndighetsinstans for all saksbehandling. Bestemmelsen vil derfor ikke i seg selv påvirke kompetansefordelingen mellom lokalt, regionalt eller statlig nivå.

3.3 Fastsettelse av akselerasjonsområder

En sentral endring i 2023-direktivet er innføringen av såkalte akselerasjonsområder («Renewable acceleration areas» eller «RAA»). Dette er regulert i en ny artikkel 15c. Bestemmelsen pålegger medlemsstatene at kompetente myndigheter fastsetter én eller flere planer som fastsetter akselerasjonsområder. I akselerasjonsområdene er kravet til saksbehandlingstid enda strengere.

Det er flere forhold i denne plikten som er sentral å merke seg. Fagnotatet begrenser seg her til de mest vesentligste når det gjelder forholdet til lokalt selvstyre.

⁴ Darpö på s. 12

⁵ Se Jan Darpö, «Should locals have a say when it's blowing – The influence of municipalities in permit procedures for windpower installations in Sweden and Norway», Nordisk Miljörättslig Tidsskrift 2020:1 på s. 78.

For det første oppstiller ikke direktivet noen klar nedre grense for *hvor store akselerasjonsområder* hver enkelt medlemsstat må fastsette. Formuleringen i artikkel 15c nr. 1 bokstav a er at statene må fastsette «sufficiently» med områder. Norge isolert ligger allerede langt over direktivets mål for andel av fornybar kraftproduksjon i 2030 (jf. artikkel 3). Norge har i tillegg allerede selv valgt å disponere nokså store grønne arealer til utbygging av vindkraft. Selv om direktivets mål gjelder for EU/EØS som helhet, er det vanskelig å se at direktivets plikt om å angi akselerasjonsområder kan bli omfattende eller krevende for Norge.

For det andre er det en forutsetning at akselerasjonsområdene skal begrenses til områder hvor kraftproduksjon ikke vil ha en vesentlig negativ miljøpåvirkning. Prioritet skal gis til allerede utbygde områder, eksempelvis tak, bygningsfasader, transportinfrastruktur og direkte tilgrensende areal, industriområder mv. (artikkel i). Dette omtales gjerne som såkalte «grå» arealer.

For det tredje synes 2023-direktivet å være nøytral til hvilken myndighetsinstans som fastsetter akselerasjonsområder. For det tilfelle at staten velger å fastsette dette på nasjonalt nivå, vil det være opp til staten å avgjøre i hvilken utstrekning lokale og regionale myndigheter eksempelvis skal medvirke eller ha en vetorett. I denne forbindelse kan også akselerasjonsområder være en fordel for lokalt selvstyre, fordi det kan redusere muligheten for at innsigelser fra eksterne instanser hindrer utbygging av lokalt forankrede prosjekter.

Medlemsstatene, som de primære pliktsubjektene i EU-samarbeidet, har imidlertid en særskilt plikt til å sikre at den generelle arealvurderingen av mulige områder for fornybar energi er koordinert *før* akselerasjonsområder fastsettes (artikkel 15b nr. 1).

Dette innebærer at plikten til å fastsette akselerasjonsområder vanskelig kan sees å innebære vesentlige negative virkninger for lokalt selvstyre. Det er imidlertid av stor betydning at den nasjonale gjennomføringen av reglene ivaretar det kommunale selvstyret.

3.4 Betydningen av presumsjon om overveiende samfunnsinteresser

Fornybardirektivets artikkel 16f har fastsetter en generell presumsjon for at utbygging av fornybar energi i seg selv har overveiende samfunnsinteresser. Det har vært stilt spørsmål ved hvordan denne bestemmelse slår ut ovenfor kommunene. Blant annet har KS i regjeringens høring av fornybardirektivet 2023 bedt om avklaring på hvordan dette slår ut i praksis, særlig dersom nasjonale interesser kommer i konflikt med lokale interesser.

Det er her viktig å merke seg at bestemmelsen om overveiende samfunnsinteresser («overriding public interest») etter ordlyden i bestemmelsen kun gjelder i forbindelse med tre navngitte EU-direktiver. Dette er habitatdirektivet, vannrammedirektivet og fugledirektivet. Av disse er det kun vannrammedirektivet som er en del av EØS-avtalen. Bestemmelsen vil i Norge derfor kun få betydning i tilknytning til vannrammedirektivet. Betydningen av bestemmelsen er videre kun

begrenset til en *presumsjon* om overveiende samfunnsinteresser. Darpö peker på at det er vanskelig å si hvordan bestemmelsen vil slå ut knyttet til vannrammedirektivet.⁶

Generelt kan det antas at bestemmelsen i første rekke vil gjøre det lettere å forsvare en tillatelse etter vannrammedirektivet, dersom et forvaltningsorgan ønsker å gi en tillatelse. I tilfeller hvor et forvaltningsorgan derimot ønsker å avslå en tillatelse, er det neppe grunn til å tro at bestemmelsen vil gjøre det vesentlig mer krevende å begrunne et avslag. Forutsetningen er imidlertid at forvaltningsorganet har et forsvarlig og holdbart grunnlag for å tilbakevise presumsjonen. Generelt vil domstolene være svært tilbakeholdne med å overprøve et forvaltningsorgans avveininger mellom eksempelvis reduksjon av klimautslipp på den ene siden, og vern av urørt natur på den andre siden.

* * *

Stig Eidissen
Advokat PhD

Erna Larsen
Advokat

⁶ Darpö på s. 13