

En sammenlikning av regler om
dispensasjon fra natur- og områdevern i
norsk rett og EU-retten.

*Særlig om vilkåret «vesentlige
samfunnsinteresser» i naturmangfoldloven
§ 48 (1) og «overriding public interest» i EUs
habitatdirektiv artikkel 6 (4).*

Kandidatnummer: 206

Antall ord: 14 983



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
1.1	BAKGRUNN OG AKTUALITET.....	3
1.2	PROBLEMSTILLINGER.....	5
1.3	METODE OG KILDEBRUK.....	6
1.4	AVGRENSNINGER.....	7
1.5	VIDERE FREMSTILLING.....	7
2	DISPENSASJONSADGANGEN I HABITATDIREKTIVET ARTIKKEL 6 (4)	8
2.1	OM OMRÅDEVERNET I EU-RETEN OG NATURA 2000.....	8
2.2	INTRODUKSJON AV HABITATDIREKTIVET ARTIKKEL 6 (3) OG (4).....	9
2.3	HVILKE TILTAK ER SØKNADSPLIKTIGE?.....	11
2.3.1	Er det tale om «plan or project»?.....	11
2.3.2	Er planen eller prosjektet «likely to have a significant effect»?.....	13
2.4	SØKNADSPROESSEN OG PROSESSUELLE VILKÅR.....	14
2.4.1	Innledning.....	14
2.4.2	Vilkåret om en «appropriate assessment».....	14
2.4.3	Tidspunktet for en «appropriate assessment».....	17
2.4.4	Skal tiltaket få tillatelse?.....	18
2.5	MATERIELLE VILKÅR.....	19
2.5.1	Innledning.....	19
2.5.2	Vilkåret om «imperative reasons of overriding public interest».....	19
2.5.3	Vilkåret om «alternative solutions».....	20
2.5.4	Vilkåret om «compensatory measures».....	21
2.6	OPPSUMMERENDE OM HABITATDIREKTIVET.....	22
3	DISPENSASJONSADGANGEN I NATURMANGFOLDLOVEN § 48	23
3.1	OM OMRÅDEVERNET ETTER NATURMANGFOLDLOVEN.....	23
3.2	GENERELL ELLER SPESIELL DISPENSASJONSHJEMMEL?.....	24
3.3	INTRODUKSJON AV NATURMANGFOLDLOVEN § 48.....	25
3.4	HVILKE TILTAK ER SØKNADSPLIKTIGE?.....	27
3.5	SØKNADSPROESSEN OG PROSESSUELLE VILKÅR.....	28
3.5.1	Innledning.....	28
3.5.2	Dispensasjonssøknadens forhold til andre søknader.....	28
3.5.3	Krav til dokumentasjon.....	29
3.6	MATERIELLE KRAV.....	31
3.6.1	Innledning.....	31
3.6.2	Vilkåret om «vesentlige samfunnsinteresser».....	31
3.6.3	Hva er «nødvendig»?.....	33

3.6.3.1	Overordnede linjer i nødvendighetsvurderingen.....	33
3.6.3.2	Momentet om alternativ trasé.....	34
3.6.3.3	Andre momenter i helhetsvurderingen	36
3.7	FØRVALTNINGENS «KAN»-VURDERING	37
3.8	OPPSUMMERENDE OM NATURMANGFOLDLOVEN	39
4	OVERORDNET SAMMENLIKNING AV REGELVERKENE.....	39
4.1	INNLEDNING	39
4.2	SØKNADSPLIKTEN	40
4.3	SØKNADSPROSESSEN OG PROSESSUELLE VILKÅR.....	41
4.4	MATERIELLE VILKÅR	43
4.5	OPPSUMMERING	45
5	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	46
	LITTERATURLISTE.....	48

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og aktualitet

Et samfunn i vekst krever økt utnyttelse av land- og sjøarealer. Samtidig er endret arealbruk og utbygging i urørt natur den klart største trusselen mot naturmangfoldet.¹ Press på arealene skaper spørsmål om hvordan vi skal disponere areal som enda ikke er bygd ned og hva vi som samfunn kan tillate av aktivitet i områder som er vernet.²

I formelt vernede områder er det lagt begrensninger på utnyttelse av arealet.³ Nye og endrede samfunnsbehov kan likevel føre til behov for å gjøre negative inngrep i verneverdiene, eller oppheve vernet. Gjennom dispensasjonsregler åpner lovgivningen for nye inngrep i områdene, og med det tap av verneverdier. Eksemplene er mange på hvordan ny og endret arealbruk tillates etter regelverket, som påvirker verneverdiene i verneområdet. Negativ påvirkning kan komme fra direkte tap av verneareal som blir avsatt til annen bruk, som en byggeplass i randsonen av en nasjonalpark. Etableringen av en høyspentledning gjennom et naturreservat bygger ned areal, og kan vanskeliggjøre noen arters overlevelse fordi verneområdet fragmenteres og deles opp. Oppdemming av en elv utenfor et verneområde kan skape ringvirkninger og spolere for verneverdiene innenfor verneområdet.

Når regelverket hjemler dispensasjon fra områdevernet til en aktivitet som krever dispensasjon (et dispensasjonstiltak), så er det for å ta høyde for behovet for ny eller endret arealbruk. Samtidig kan områdevernet miste sin betydning dersom dispensasjonsadgangen er så vid, eller praktiseres på en måte som uthuler vernet, slik at områdevernet blir virkningsløst.⁴ Det er sterke hensyn på begge sider i avveiningen mellom et sterkt og statisk områdevern, og samfunnsbehov som krever ny eller endret arealbruk.

Kjernen i oppgaven er nettopp dette forholdet mellom eksisterende vern og behovet for ny eller endret arealbruk for å oppfylle viktige samfunnsinteresser, der oppfyllelsen av samfunnsinteressen kan påvirke områdevernet negativt.

¹ Holth & Winge AS (2023), s. 10; Hagen m.fl. (2022), s. 3.

² Holth & Winge AS (2023), s. 10; Hagen m.fl. (2022), s. 3.

³ Backer (2010), s. 265.

⁴ Backer (2009), s. 205.

Ethvert behov for ny eller endret arealbruk betyr ikke frislipp for bruk av areal som er underlagt vern. I både norsk rett og EU-retten finner vi regler for hvordan konflikten mellom eksisterende vern og økt arealbruk skal håndteres. Felles for disse er en særlig dispensasjonsadgang til fordel for viktige samfunnsinteresser. Hjemlene finner vi i dispensasjonsadgangen i naturmangfoldloven (nml.) § 48 (1) tredje alternativ om «vesentlige samfunnsinteresser» og habitatdirektivet artikkel 6 (4) om «overriding public interest» (heretter omtalt som regelverkene).⁵ Forholdet mellom vern og dispensasjon til fordel for viktige samfunnsinteresser vil belyses gjennom en sammenlikning av regelverkene.

EU-retten om naturvern er ikke en del av EØS-avtalen, og dermed ikke bindende for Norge.⁶ Sammenlikningen har derfor ikke til formål å svare på om norsk rett oppfyller EØS-kravene, slik vi ellers ville studert forholdet mellom norsk rett og EU/EØS-rett.⁷ Likevel kan forståelsen av og sammenlikningen mot habitatdirektivet være juridisk interessant. For det første kan habitatdirektivet etter naturmangfoldlovens forarbeider gi «viktige signaler om hva som bør tillates innenfor et verneområde» også etter norsk rett.⁸ Dermed kan EU-retten gi tolkingsbidrag for forståelsen av norsk rett, men altså uten EØS-rettslige formelle bindinger. Videre står Norge og EU overfor like utfordringer i konflikten mellom naturvern og behovet for økt arealbruk. Norge og EU er bundet av mange av de samme internasjonale forpliktelsene om ivaretagelse av naturmangfoldet.⁹ Under internasjonale forpliktelser vil konflikten mellom vern og endret arealbruk måtte håndteres i EU-retten og nasjonal rett. En sammenlikning mot EU-retten kan derfor gi nyttige perspektiv på reglene om dispensasjon fra områdevern etter naturmangfoldloven.

Oppgavens relevans strekker seg også utover en sammenlikning av habitatdirektivet og naturmangfoldloven. Vilårsformuleringen «overriding public interest» i habitatdirektivet art. 6 (4) finner vi igjen i andre EØS-rettslige direktiver som forplikter Norge. I vannrammedirektivet,¹⁰ som er inntatt i vannforskriften,¹¹ artikkel 4 (7) i finner vi denne

⁵ Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (Naturmangfoldloven); Rådets direktiv nr. 92/43/EEC av 21. mai 1992 om bevaring av naturtyper samt ville dyr og planter (Habitatdirektivet).

⁶ Backer (2009), s. 186.

⁷ Fredriksen og Mathisen (2022), s. 328.

⁸ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

⁹ For eksempel Decision adopted by the conference of the parties to the convention on biological diversity, 15/4. Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework (Naturavtalen), del H, mål 3, 19. desember 2022.

¹⁰ Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2000/60/EF av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for fellesskapstiltak for vannpolitikk (Vannrammedirektivet).

¹¹ Direktivet er tatt inn i forskrift 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen (Vannforskriften).

formuleringen. I tolkningen av vannrammedirektivet kan praksis etter habitatdirektivet utgjøre sentrale tolkningsmomenter.¹² Tolkningen av vannforskriften og vilkåret «overriding public interest» er aktuell for norske domstoler i søksmålet om Nordic Mining sin tillatelse til fjorddeponi i Førdefjorden. Saksøker, Naturvernforbundet og Natur og Ungdom, mener tillatelsen er ugyldig. Dommen er ventet i januar 2024.¹³ Den EU-rettslige tolkningen av «overriding public interest» i habitatdirektivet kan derfor ha indirekte betydning for norsk rett. Selv om habitatdirektivet ikke forplikter Norge, er det altså nyttig å kjenne til direktivets innhold.

Videre er oppgaven relevant for tolkningen av forslaget om et forbud mot nedbygging av myr og tilhørende dispensasjonsadgang, som tilsvarer nml. § 48 om «vesentlige samfunnsinteresser».¹⁴ Det er også varslet en ny havmiljølov, som skal gi hjemmel for å opprette verneområder på havet utenfor naturmangfoldlovens geografiske virkeområde.¹⁵ Dette er utenfor territorialfarvannssonen som strekker seg 12 nautiske mil utenfor kystlinjen, jf. nml. § 2.¹⁶ Den nye loven skal trolig følge naturmangfoldlovens dispensasjonssystem. Per 5. desember 2023 er det ikke publisert ny informasjon om loven.

1.2 Problemstillinger

Oppgaven deles inn i tre problemstillinger. Den første er hvilke vilkår som gjelder for dispensasjon til fordel for «overriding public interest» i EUs habitatdirektiv art. 6 (4). Andre problemstilling er hvilke vilkår som gjelder for dispensasjon fra vernevedtak etter naturmangfoldloven § 48 (1) tredje alternativ om «vesentlig samfunnsinteresser». Den tredje problemstillingen bygger på analysen under de to foregående spørsmålene. Spørsmålet er hvordan nml. § 48 (1) tredje alternativ samsvarer med, eventuelt skiller seg fra, vilkåret i habitatdirektivet art. 6 (4).

¹² Guidance document nr. 36, Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7), s. 59.

¹³ Andersson (2023), nyhetsmelding uten sidetall.

¹⁴ Miljødirektoratet, Høringsnotat om forbud mot nedbygging av myr (2023), s. 19-20.

¹⁵ Klima- og miljødepartementet m.fl., Pressemelding 27. juni 2022.

¹⁶ Lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (Territorialfarvannsloven).

1.3 Metode og kildebruk

Besvarelsen av oppgavens første og andre problemstilling bygger på rettsdogmatisk metode for å analysere gjeldende norsk rett og EU-rett.

I oppgavens første problemstilling om EU-retten benyttes EU/EØS-rettslig juridisk metode.¹⁷ Metoden går ut på en dynamisk og formålsrettet ordlydstolkning for å oppnå mest mulig like tolkningsresultatet på tvers av direktivenes oversettelser.¹⁸ EU-domstolens rettspraksis er også en sentral kilde. Selv om rettspraksisen ikke er formelt bindende, følger EU-domstolen sine egne avgjørelser som prejudikater.¹⁹ Heller ikke EU-kommisjonens (heretter Kommisjonen) uttalelser, tilrådninger (rekommandasjoner) og årsmeldinger er bindende, men gis ofte stor praktisk betydning i tolkningen av regelverket.²⁰ Juridisk teori har liten vekt i tolkningen av vilkårene, men har en sentral betydning i form av å sammenstille og tilgjengeliggjøre EU-retten.²¹ I oppgaven benyttes litteratur fra teoretikere fra ulike EU-medlemsland, men da hovedsakelig litteratur som behandler EU-retten på EU-nivå, i motsetning til implementeringen i det enkelte medlemslandet. I analysen av habitatdirektivet benyttes alle de ovennevnte kildene.

Til andre problemstilling om den norske retten benyttes alminnelig juridisk metode. Som vi vil se, er kildene i tilknytning til nml. § 48 (1) tredje alternativ noe knappe. Forarbeidene til loven gir noen nyanser til hvordan ordlyden skal forstås. Det er ingen høyesterettspraksis om nml. § 48 (1), men en sentral lagmannsrettsavgjørelse som presenteres i punkt 3.6.2. Videre er det skrevet omfattende om dispensasjon i litteraturen, men vesentlig mindre om de snevre spørsmålene i tilknytning til § 48 (1) tredje alternativ. Den mest sentrale litteraturen er skrevet av Backer. I andre litteraturkilder vises det ofte videre til Backer sin utgreiing i diskusjon av de snevre spørsmålene i § 48. Som en konsekvens av dette har en del av Backer sine synspunkt ikke blitt utfordret. Dette gjør bruken av litteratur i denne oppgaven noe ensidig, og krever særlig årvåkenhet og selvstendig vurdering av de kildene Backer bygger på.

Til § 48 finner vi grundige rundskriv og omfattende forvaltningspraksis. Verken rundskriv eller forvaltningspraksis er rettslig bindende, og kan etter gjeldende metode ikke få stor betydning

¹⁷ Fredriksen og Mathisen (2022), s. 323 flg.

¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2022), s. 330-334.

¹⁹ Fredriksen og Mathisen (2022), s. 353-354.

²⁰ Fredriksen og Mathisen (2022), s. 340; Sejersted (2011), s. 57.

²¹ Sejersted (2011), s. 58.

ved tolkningen av vilkårene. Forvaltningen selv føler seg ofte bundet av sin egen praksis, og disse kildene kan gi et bilde av hvordan forvaltningen forstår regelverket i dag. Gjennom oppgaven er to forvaltningsavgjørelser brukt som eksempler. Dette er Lågendeltasaken og avgjørelser i tilknytning til Åkersvika naturreservat. Sakene gir ikke et uttømmende bilde av regelverket, og er kun ment som illustrasjon av praktiseringen av regelverket.

I den siste problemstillingen er siktemålet er å identifisere forskjeller og likheter mellom regelverkene. Innenfor oppgavens rammer er det ikke mulig å gå i detalj på sammenlikningen. I vurderingen av hva som er relevant å sammenligne etter EU-retten og norsk rett, bygger oppgaven på en tilpasning av komparativ funksjonell metode.²² Komparative funksjonell metode er kjent innen komparasjon av ulike lands rett, og sammenligner regler som tjener samme funksjon innenfor ulike lands rett. Her er tilpasningen å sammenligne funksjoner under EU-retten som tilsvarer norske regler med samme funksjon.

1.4 Avgrensninger

Tema om dispensasjon fra områdevern er vidt, og det er derfor nødvendig å avgrense oppgavens omfang. Til oppgavens første problemstilling om habitatdirektivet må det først nevnes at direktiv må innarbeides i medlemslandenes rett på en måte som oppfyller direktivets krav, men ordlyden og vilkårene trenger ikke å formuleres identisk med EU-direktivet. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det mot medlemslandenes innarbeiding av direktivet. Temaet er kun den overordnede EU-retten.

Videre er det kun vern etter habitatdirektivets og naturmangfoldlovens regler som gjelder. Det avgrenses derfor mot verneområder på Svalbard eller Norges biland, og områder som nyter et natur- eller områdevern etter andre regelverk enn naturmangfoldloven kapittel V.²³

1.5 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen er kapittel 2 og 3 strukturert over samme lest. Innledningsvis introduseres reglene om områdevernet. Deretter presenteres spørsmålene i den rekkefølgen de gjerne oppstår i praksis, nemlig hvilke tiltak eller aktivitet som er søknadspliktig,

²² Michaels (2006), s. 342.

²³ Dette kan eksempelvis være marine beskytta områder etter lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltningen av viltlevende marine ressursar (Havressurslova) § 19.

søknadsprosedyrene og de prosessuelle vilkårene. Til slutt drøftes de materielle vilkårene for dispensasjon. I kapittel 4 sammenliknes regelverkene og kapittel 5 oppsummerer med noen avsluttende refleksjoner.

2 Dispensasjonsadgangen i habitatdirektivet artikkel 6 (4)

2.1 Om områdevernet i EU-retten og Natura 2000

Naturvern ble ansett som en del av EU medlemslandenes nasjonale kompetanse frem til 1987 da kompetansen til å bestemme over miljø, herunder naturvern, ble en del av TFEU artikkel 191 til 193.²⁴ Etter innlemmingen av naturvern i EU-retten har arbeidet med regelverk for å imøtekomme klima- og naturkrisen intensivert.²⁵ I dag finnes det mange regelverk som på ulike måter handler om grønn omstilling og bevaring av naturmangfold. Habitatdirektivet og fugledirektivet²⁶ utgjør en sentral del av EU-lovgivningen om å ivareta natur- og biologisk mangfold. Til sammen utgjør de et nettverk av beskyttede områder på tvers av EU-landenes grenser, kalt Natura 2000-nettverket.²⁷ For områdevern og arealbruk er det habitatdirektivet som er sentral.²⁸

Formålet med Natura 2000 er å beskytte sårbare naturområder, ved å iverksette nødvendige bevaringstiltak, jf. habitatdirektivet art. 6 (1), eller begrense aktivitet i eller i nærheten av allerede vernede områder, jf. habitatdirektivet art. 6 (2).²⁹ For områder som er gitt vernestatus, skal staten etter habitatdirektivet art. 6 (2) unngå «deterioration» og «disturbance» av «habitats and the habitats of species [...] in so far as such disturbance could be significant in relation to the objectives of this Directive». Medlemslandene kan derfor verken gjøre noe som forringer – «deterioration» – eller betydelig forstyrrer – «significant disturbance» - områder som er klassifisert som Natura 2000-områder.

²⁴ Treaty on the Functioning of The European Union, OJ C 202, 7. juni 2016 (TFEU); Krämer (2016), s. 193.

²⁵ Krämer (2016), s. 193.

²⁶ Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/147/EC av 30. november 2009 om beskyttelse av ville fugler (Fugledirektivet).

²⁷ Ebbesson (2021), s. 169.

²⁸ Eskeland Schütz og Johansen (2023), s. 87.

²⁹ Ebbesson (2021), s. 169-170.

Et skille dras mellom områder som klassifiseres som «sites of Community importance», jf. art. 4 (2), før de eventuelt senere gis status som «special area of conservation», jf. art. 4 (4). Et område som blir kategorisert som «sites of Community importance», skal så, i løpet av en seksårs-periode, ut ifra de prioriterte artene som finnes der, vurderes for å bli et område for «special area of conservation», jf. art. 4 (4), jf. (2). Artikkel 6 (3) og (4) om inngrep i slike områder, som er tema videre, gjelder for begge kategoriseringer av Natura 2000-områdene.³⁰ Dette sikrer at mulige verneområder ikke blir nedbygd eller vesentlig negativt påvirket under prosessen med å etablere et formelt vern. Skillet mellom «sites of ... importance» og «special area of conservation» blir derfor ikke behandlet nærmere. Samtidig kan det være verdt å nevne at Natura 2000 er separat fra medlemslandenes eget vernesystem, men EU-rettslige og nasjonale verneområder kan overlappes.³¹ Direktivet hindrer altså ikke muligheten for et nasjonalt områdevern som dekker andre områder enn Natura 2000, og heller ikke et eget dispensasjonsregime etter nasjonalrett.³²

Det settes altså begrensninger på medlemsstatens handlingsrom når et område blir kategorisert som Natura 2000.³³ Hensikten med direktivene og Natura 2000 er likevel ikke å forby all aktivitet i området. For det første er ikke alle aktiviteter eller tiltak i et Natura 2000-område forbudt eller søknadspliktig etter direktivet, noe vi kommer tilbake til i punkt 2.3. Det er videre mulig å gjøre unntak for tiltak av viktig samfunnsmessig betydning som utdypes i punkt 2.4 og 2.5.

2.2 Introduksjon av habitatdirektivet artikkel 6 (3) og (4)

Dersom et område er kategorisert som Natura 2000 betyr ikke det at all aktivitet eller tiltak i området må opphøre eller at all fremtidig aktivitet er forbudt. Hva som er tillatt av aktivitet er et av de sentrale vanskelige spørsmålene under Natura 2000-regelverkene. Til sammen utgjør art. 6 (3) og (4) tillatelsesregimet for hva som skal eller ikke skal tillates av aktivitet i et Natura 2000-område.³⁴

³⁰ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 12.

³¹ Ebbeson (2021), s. 168-170.

³² Ebbeson (2021), s. 168-170.

³³ Möckel (2017a), s. 3.

³⁴ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 33.

Vurderingene av om et prosjekt eller en plan skal tillates etter artikkel 6 (3) og (4) i et Natura 2000-område kan deles inn i tre faser.³⁵ Første vurderes om «any plan or project, not connected with or necessary to the management of the site but likely to have a significant effect thereon», jf. art. 6 (3) første punktum. I første omgang må det avgjøres om en plan eller prosjekt ikke er nødvendig for forvaltningen av område, og så om det er «likely to have a significant effect». Denne første fasen er omtalt som en «screening» i veilederen til direktivet.³⁶

Hvis planen eller prosjektet er «likely to have a significant effect», aktualiseres fase to. Da skal planen eller prosjektet «be subject to appropriate assessment of its implications for the site in view of the site's conservation objectives», jf. art. 6 (3). Den nasjonale beslutningsmyndigheten «shall agree to the plan or project only after having ascertained that it will not adversely affect the integrity of the site». Kun planer eller prosjekter som ikke vil «adversely affect» lokaliteten kan tillates uten unntakstillatelse, jf. art. 6 (3) siste punktum. Resultatene av vurderingen, «appropriate assessment», gir den nasjonale myndigheten vurderingsgrunnlaget for om planen eller prosjektet kan tillates. Andre fase omtales som vurderingsfasen.

Den tredje fasen blir kun aktuell dersom en vurdering i andre fase har et negativt utfall, altså at tiltaket vil «adversely affect» verneverdiene, jf. art. 6 (4). Er det likevel grunner til å gjennomføre et tiltak som ikke får tillates etter art. 6 (3), må tre kumulative vilkår for unntakstillatelse etter art. 6 (4) være oppfylt.³⁷ Tillatelse kan gis dersom det er «in absence of alternative solutions», dersom det skjer på grunnlag av «imperative reasons of overriding public interest» og «all compensatory measures necessary» tas, jf. art. 6 (4). Samlet kan dette karakteriseres som «dispensasjonsvilkårene» for å akseptere planer eller tiltak som kan ha negativ innvirkning på Natura 2000-området. Denne fasen kan omtales som dispensasjonsfasen.

Medlemsstaten kan på ethvert tidspunkt tillate eller avvise tiltaket, selv om vilkårene er oppfylt.³⁸ Tiltakshaver er altså ikke garantert tillatelse selv om vilkårene er oppfylt. Tema videre er hvilke tiltak det må søkes tillatelse for.

³⁵ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 33-34.

³⁶ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 33-34.

³⁷ Ebbesson (2021), s. 170.

³⁸ Commission v French Republic C-241/08, avsnitt 72; EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 54.

2.3 Hvilke tiltak er søknadspliktige?

2.3.1 Er det tale om «plan or project»?

Etter art. 6 (3) skal «any plan or project» som ikke er «directly connected with or necessary to the management of the site», men som er «likely to have a significant effect» på Natura 2000-området gjennomgå med en «appropriate assessment». Først omfatter ikke søknadsplikten de planer eller prosjekter som er knyttet til «the management of the site». Ordlyden må forstås som at en plan eller et prosjekt må kunne innvirke på verneområdet for å være søknadspliktig. Ordlyden setter ingen geografisk begrensning. Tiltak som skjer innenfor grensene til Natura 2000-området og tiltak utenfor, men der virkningene kan realiseres innenfor områdets grenser, omfattes.³⁹ For eksempel kan søknadsplikten omfatte både de prosjektene der en bro legges gjennom et Natura 2000-område, som var tilfelle i sak C-399/14, eller drenering utenfor et Natura 2000-område, som ødelegger for våtmarksområder som er underlagt Natura 2000-regimet.⁴⁰

Det første spørsmålet er hva som omfattes av «any plan or project», jf. art. 6 (3). Verken «plan» eller «project» er definert i direktivet. En vid og vag ordlyd gir EU-domstolen et stort rom til å gi prinsipielle uttalelser som avklarer og avgrenser begrepene. I domsavgjørelser omtales ofte «plan or project» sammen, selv om saken kun gjelder en av delene.⁴¹ Det kan gjøre det vanskelig å hente ut konkrete slutninger om tolkningen av begrepene. Studier gjort av EU-domstolens praksis frem til 2017 fant at det likevel var klart flere uttalelser om hva prosjekt betyr, til forskjell fra plan.⁴²

Ordlyden av «plan» kan omfatte alt som er planlagt eller skjer i et mer spesifisert område. En plan kan være nasjonal, regional eller lokal, med politiske mål eller rettslig forpliktende mål, gitt av myndigheter som har eller mangler myndigheten til å gi en rettslig bindende plan.⁴³ Grensene for hvilke planer som oppfyller vilkåret er ikke helt åpenbart etter ordlyden. EU-domstolens praksis bidrar ikke i vesentlig grad med oppklaringen av begrepet. I en sak for EU-domstolen der spørsmålet var om Frankrike hadde inkorporert direktivene riktig i nasjonal

³⁹ Krämer (2009), s. 63.

⁴⁰ Krämer (2009), s. 63.

⁴¹ Se for eksempel Orleans C-387&388/15, avsnitt 43 flg.

⁴² Möckel (2017b), s. 38-39.

⁴³ Möckel (2017a), s. 10.

rett, uttalte generaladvokat Fennelly i sitt forslag til avgjørelse at begrepet «plan» må tolkes vidt.⁴⁴ Dette støttes av ordlyden «any», på dansk «alle», planer og prosjekter. Domstolen motsa ikke synspunktet i dommen og fortsetter å bruke begrepet i vid betydning.⁴⁵

I veilederen til habitatdirektivet art. 6 vises det til «land-use or spatial plans», samt «sectoral plans».⁴⁶ I sak C-441/17 dreide spørsmålet seg blant annet om en endring i skogforvaltningsplanen – «amendment of the forest management plan» – for et Natura 2000-område, der EU-domstolen tilsynelatende la til grunn at denne planen kunne omfattes av begrepet «plan».⁴⁷ Möckel antar at art. 6 (4) kun gjelder for rettslig bindende planer.⁴⁸ Det er også dette som gir mening i lys av formålet med bestemmelsen, som er å forsikre seg om at planer som kan påvirke verneverdiene negativt ikke gjennomføres uten nærmere vurdering. En politisk plan vil ha liten direkte effekt på verneområdet før den blir juridisk bindende.

Videre kan begrepet «project» også forstås som vidt og omfattende. I direktivet om visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger (kalt EIA-direktivet) er det til forskjell en legaldefinisjon av «project», jf. EIA-direktivet art. 1 (2) bokstav a.⁴⁹ I saker om habitatdirektivet art. 6 (3) har EU-domstolen overført forståelsen av «project» i EIA-direktivet.⁵⁰ Som prosjekt omfattes «the execution of construction works or of other installations or schemes, [and] other interventions in the natural surroundings and landscape including those involving the extraction of mineral resources», jf. EIA-direktivet art. 1(2), bokstav a. I teorien tolker Möckel dette som at vilkåret omfatter alle typer av menneskelige inngrep i naturen og landskapet.⁵¹

Ut ifra tolkningen av «plan or project» kan det slås fast at søknadsplikten omfatter et bredt spekter av tiltak, aktivitet og planer i Natura 2000-områdene. Dersom noe faller inn under «plan or project» er det imidlertid ikke ensbetydende med at det er søknadspliktig etter art. 6 (3) og (4), fordi det må være «likely to have a significant effect» for å bli pålagt krav om en «appropriate assessment», jf. art. 6 (3).

⁴⁴ Advokatgeneral Fennelly (1999), avsnitt 33; Möckel (2017b), s. 37.

⁴⁵ Commission v French Republic C-256/98, avsnitt 38; Möckel (2017b), s. 37.

⁴⁶ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 37.

⁴⁷ Se Commission v Poland C-441/17, avsnitt 40.

⁴⁸ Möckel (2017a), s. 10.

⁴⁹ Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2011/92/EU av 13. desember 2011 om vurderingen av visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger. (EIA-direktivet).

⁵⁰ Se sak Waddenzee C-127/02 avsnitt 24 flg.

⁵¹ Möckel (2017b), s. 39.

2.3.2 Er planen eller prosjektet «likely to have a significant effect»?

Søknadspликтens begrensning fremgår av ordlyden «any plan or project [...] likely to have a significant effect» på verneområdet, jf. habitatdirektivet art. 6 (3). Med andre ord, dersom et prosjekt om et småskala akvakulturanlegg ikke er «likely to have a significant effect» på verneområdet, er det heller ikke søknadspликтig etter art. 6 (3). Vurderingen gjøres med utgangspunkt i verneverdiene på lokaliteten og hvordan prosjektet eller planen vil kunne påvirke disse.⁵² Aktivitet som ikke er «likely to have a significant effect» kan gjennomføres, men fremdeles være underlagt andre søknadskrav etter nasjonalretten. På dette tidspunktet er saken i screening-fasen.⁵³

Spørsmålet er først hva som ligger i årsakskravet «likely», eller «kan påvirke» i den danske oversettelsen. I sak C-127/02 om fangst av hjerteskjell ved bruk av maskiner i et Natura 2000-område var ett av spørsmålene når tiltaket var «likely to have a significant effect» slik at en «appropriate assessment» måtte gjennomføres.⁵⁴ EU-domstolen uttalte at vurderingen var betinget av en «probability or risk» for en effekt på verneområdet.⁵⁵ Videre trekker EU-domstolen frem føre-var prinsippet som overordnet miljøprinsipp i tilknytning til risikoen for påvirkning av verneverdiene.⁵⁶ Prinsippet begrunnet EU-domstolens synspunkt om at mangelen på objektive eller tydelige tegn ikke var tilstrekkelig for å konstatere at negative innvirkninger ikke ville inntreffe i verneområdet.⁵⁷ Fra dommen kan man trekke slutningen om at en plan eller et prosjekt må gjennomgå en «appropriate assessment» der det ikke kan konstateres et fravær av påvirkning på verneverdiene.⁵⁸

Kravet om påvirkning på verneverdiene utgjør en begrensning med henhold til hvilke planer og prosjekter som må gjennomgå en «appropriate assessment». I lys av hvordan EU-domstolen anvender føre-var-prinsippet til å presisere at det må konstateres fravær av påvirkning på verneverdiene, kan det tenkes at kun de mer bagatellmessige planene eller prosjektene unntas

⁵² EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 40-41.

⁵³ Möckel (2017a), s. 11.

⁵⁴ Waddenzee C-127/02, avsnitt 39-45.

⁵⁵ Waddenzee C-127/02, avsnitt 43-44.

⁵⁶ Owen (2007), s. 15.

⁵⁷ Waddenzee C-127/02, avsnitt 45.

⁵⁸ Waddenzee C-127/02, avsnitt 44.

kravet om «appropriate assessment».⁵⁹ Man kan for eksempel se for seg at småskala prosjekter derfor ikke faller inn under tillatelsesregimet i artikkel 6 (3) og (4).

Det er likevel ingen automatikk i at mindre prosjekter unntas søknadsplikten. Et mindre prosjekt med liten påvirkning på naturmangfoldet er unntas ikke dersom den kumulative effekten av mange små og like prosjekter utgjør en samlet stor belastning. Dette uttalte EU-domstolen i sak C-418/04 om mindre akvakulturanlegg som i seg selv ikke utløste kravet til en «appropriate assessment», men som til sammen utgjorde en «significant effect».⁶⁰ Situasjonen der et prosjekt innebærer flere mindre påvirkninger på verneverdiene er heller ikke unntatt. For eksempel kan en veistrekning og høyspentledninger hver for seg ikke nå opp til terskelen, men til sammen utgjøre en for stor påvirkning på verneverdiene.⁶¹

Dersom man ikke kan konstatere at en plan eller et prosjekt ikke vil påvirke verneverdiene, er tiltaket søknadspliktig etter artikkel 6 (3), og i andre rekke etter (4).

2.4 Søknadsprosessen og prosessuelle vilkår

2.4.1 Innledning

De prosessuelle vilkårene dreier seg om fremgangsmåten for å søke om tillatelse etter artikkel 6 (3) og deretter (4). Videre legger vi til grunn at planer eller prosjekter er «likely to have a significant effect» på verneområdet, og derfor må gjennom en «appropriate assessment», se punkt 2.4.2. Det er så en forutsetning at vurderingen og søknaden skjer til rett tid. Tidspunktet for søknaden og «appropriate assessment» er tema i punkt 2.4.3. Disse vilkårene befinner seg i vurderingsfasen.

2.4.2 Vilkåret om en «appropriate assessment»

Dersom et tiltak må underkastes en «appropriate assessment», pålegger det tiltakshaver en rekke krav. I den danske oversettelsen av artikkel 6 (3) skal tiltaket «vurderes», mens den svenske oversettelsen sier på «lämpligt sett bedömas». Den engelske og svenske språkversjonen gir uttrykk for at vurderingen skal være relativ i forhold til tiltaket og verneverdiene, basert på

⁵⁹ Möckel (2017a), s. 11.

⁶⁰ Commission v Ireland C-418/04, avsnitt 245.

⁶¹ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 48.

ordlyden «appropriate» og «lämpligt».⁶² Det gjelder fremdeles et slikt relativitetskrav også for den danske oversettelsen, selv om det ikke fremgår direkte. De ulike formuleringene kan gi ulikt inntrykk av hva en slik vurdering skal inneholde og hvordan den skal gjennomføres.

Vurderingen skal gjøres med hensyn til «its implication for the site in the view of the site's conservation objectives», jf. art. 6 (3). Kjernen er altså hvordan tiltaket vil påvirke de konkrete verneverdiene. Utover dette er det ikke uttrykkelig regulert hva vurderingen innebærer. Formålet med vurderingen er å gi beslutningsorganet et godt nok grunnlag for å vurdere om tillatelse kan gis.⁶³ EU-domstolen har uttalt seg om vurderingskravet. Veilederen til direktivet om Natura 2000-lokaliteter sammenfatter disse og utdyper hvordan medlemslandene skal forstå kravene til vurderingen.⁶⁴

Etter veilederen til Kommisjonen innebærer en vurdering etter art. 6 (3) fire steg.⁶⁵

1. Samle informasjon om tiltaket og Natura 2000-lokaliteten,
2. vurdere implikasjoner tiltaket vil ha på verneformålet,
3. fastslå virkninger på lokaliteten og om disse er negative og
4. vurdere tilpasningstiltak/avbøtende tiltak.

Vurderingen skal til slutt gi beslutningsgrunnlaget for å svare på om tiltaket «adversely affect» Natura 2000-lokaliteten, jf. art. 6 (3) siste setning. Hvis dette svares bekreftende, må tiltakshaver søke tillatelse etter art. 6 (4).

Til første steg uttalte EU-domstolen i sak C-127/02 om fangst av hjerteskjell, at alle aspekter og sider ved tiltaket må vurderes etter den beste forskningsbaserte kunnskapen.⁶⁶ Veilederen legger til at kunnskapen skal være både objektiv og detaljert nok.⁶⁷ Hvilket detaljnivå som gjelder er relativt til det konkrete tiltaket og verneverdiene som berøres.⁶⁸ Det kan derfor ikke legges til grunn et generelt detaljnivå som vil være tilfredsstillende i alle saker. Likevel er det klart at kravene til kunnskapsuthenting på generelt grunnlag er strenge, og at de. Dette støtter opp under formålet om at kunnskapsinnhenting skal svare på om verneområdet blir negativt

⁶² EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 47-48.

⁶³ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 43.

⁶⁴ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 43 flg.

⁶⁵ Meddelelse fra Kommisjonen (2021), s. 26.

⁶⁶ Waddenzee C-217/02, avsnitt 61.

⁶⁷ Meddelelse fra Kommisjonen (2021), s. 26.

⁶⁸ Meddelelse fra Kommisjonen (2021), s. 26.

påvirket av tiltaket, og forebygge negativ påvirkning som et resultat av tiltaket.⁶⁹ Det kan derfor tenkes at jo større påvirkning et tiltak vil ha på verneverdiene, desto mer detaljert undersøkelser kreves for å tilfredsstillere kravet til «appropriate assessment».

Videre skal tiltakshaver i steg 2 vurdere kunnskapsinnhentingene og i steg 3 fastslå virkningene, jf. art. 6 (3). Føre-var prinsippet gjelder også her, da det gjennomsyrrer hele EUs miljørett.⁷⁰ Mangelen på positiv kunnskap om mulige negative innvirkninger er ikke tilstrekkelig for å si at området ikke blir «adversely affected».⁷¹ Vurderingen av kunnskapsinnhentingene må knyttes opp mot målene for beskyttelsen av Natura 2000-lokaliteten.⁷² Den består ofte av et forsøk om å hindre følgende innvirkninger på verneområde: direkte tap av verneverdiene, degradert, forstyrrelser, fragmentering og andre indirekte påvirkninger som følge av endringer på lokaliteten.⁷³

I det fjerde steget skal tilpasningstiltak eller avbøtende tiltak vurderes. I veilederen trekker Kommisjonen opp et viktig skille mellom «mitigation measures» og «compensatory measures».⁷⁴ Begrepet «compensatory measures» betyr kompensasjon for skade eller innvirkninger på verneområdet etter at det har inntruffet.⁷⁵ «Mitigation measures» betyr på den andre siden tiltak som skal minimere eller eliminere skade på verneverdiene, før innvirkning har skjedd.⁷⁶ Kun det sistnevnte er relevant under «appropriate assessment», fordi dersom en «compensatory measure» iverksettes, vil en skade allerede ha inntruffet og tillatelse må gis etter art. 6 (4).⁷⁷ Fjerde steg handler altså om hvilke tiltak som kan iverksettes for å hindre eller unngå påvirkning på verneverdiene.

Et spørsmål i tilknytning til «appropriate assessment» er om vurderingen kan samordnes med andre regulatoriske krav. Et tiltak trenger ofte tillatelse etter flere regelverk, for eksempel etter EIA-direktivet.⁷⁸ I tidligere veiledere har Kommisjonen hyppig referert til EIA-direktivet om miljøkonsekvensutredninger.⁷⁹ Dersom vurderingene slås sammen får medlemslandene en mer

⁶⁹ Owen (2007), s. 15.

⁷⁰ Owen (2007), s. 15.

⁷¹ Owen (2007), s. 15.

⁷² Meddelelse fra Kommisjonen (2021), s. 38.

⁷³ Meddelelse fra Kommisjonen (2021), s. 38-39.

⁷⁴ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 48-49.

⁷⁵ Krämer (2009), s. 66 og EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 49-50.

⁷⁶ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 49.

⁷⁷ Orleans C-387&388/15, avsnitt 64.

⁷⁸ Eskeland Schütz og Johansen (2023), s. 88.

⁷⁹ Krämer (2009), s. 63.

strømlinjeformet og mindre ressurskrevende vurdering av konsekvensene av tiltaket.⁸⁰ Samtidig dekker EIA-vurdering og vurderingen etter habitatdirektivet ulike formål. En vurdering etter EIA-direktivet skal se på miljøvirkninger og miljøtilstanden som helhet, mens vurdering etter art. 6 (3) skal vurdere de konkrete innvirkningene på verneverdiene på den spesifikke Natura 2000-lokaliteten.⁸¹ EIA-direktivet åpner for at vurderingene kan samkjøres og koordineres for mer effektiv behandling, slik at tiltakshaver kan effektivisere søknadsprosessen.⁸² Vurderingene og utredningene kan likevel ikke samkjøres fullt ut. Det sikrer at de spesifikke verneverdiene som påvirkes er fokuset under vurderingen etter habitatdirektivet.

Når alle stegene er gjennomført, skal beslutningsmyndigheten kunne svare på om tiltaket vil «adversely affect» Natura 2000-lokaliteten. Dette utdypes i punkt 2.4.4.

2.4.3 Tidspunktet for en «appropriate assessment»

En «appropriate assessment» skal vurdere virkningene et prosjekt eller en plan kan. Hvilke virkninger som faktisk inntreffer, er usikkert før prosjektet eller planen igangsettes. Dette påvirker hvor sikker informasjonen som innhentes er, og konsekvensvurderingen blir hypotetisk.⁸³ Samtidig er det ikke en tilfredsstillende løsning å vurdere innvirkningen etter et tiltak er satt i verk, ettersom det ikke vil verne om verneverdiene. Vurderingen må skje før tillatelse gis og prosjektet iverksettes, for å oppfylle formålet om å et korrekt beslutningsgrunnlag.⁸⁴ Vurderingen kan heller ikke erstattes av tidligere undersøkelser av et liknende tiltak eller annen lokalitet. Krämer begrunner dette med at vurderingen skal være «site-specific», og ta for seg de konkrete verneverdiene på stedet når tiltaket skal gjennomføres.⁸⁵ Tidspunktet for «appropriate assessment» er altså før planen eller prosjektet godkjennes og settes i verk.

⁸⁰ Möckel (2017b) s. 44.

⁸¹ Krämer (2009), s. 63.

⁸² Eskeland Schütz og Johansen (2023), s. 88.

⁸³ Möckel (2017a), s. 13.

⁸⁴ Stadt Papenburg C-226/08, avsnitt 48; EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 44; Möckel (2017a), s. 13.

⁸⁵ Krämer (2009), s. 63.

2.4.4 Skal tiltaket få tillatelse?

Det er «competent national authorities» som avgjør om tillatelse skal gis dersom vilkårene er oppfylt. Det må være en nasjonal myndighet som har kompetansen til å gi tillatelse eller tilslutning til en plan eller et prosjekt.⁸⁶ Ut over dette avgrenses det videre mot hvilke organer dette er på medlemsstatsnivå.

Som nevnt i punkt 2.4.2 utgjør konklusjonen på en «appropriate assessment» beslutningsgrunnlaget for den nasjonale myndigheten for om tiltaket skal tillates eller ikke. Beslutningsorganet skal avgjøre om planen eller prosjektet «not adversely affect the integrity of the site concerned», på dansk at «ikke skader lokalitetens integritet», jf. art. 6 (3) andre punktum. EU-domstolen har uttalt at dersom det er usikkert om lokalitetens integritet blir skadet, skal tiltaket nektes.⁸⁷ Tillatelse kan gis dersom man med sikkerhet kan si at lokalitetens integritet ikke blir skadet. At tillatelse kan gis, betyr likevel ikke at tillatelse må gis. Medlemsstaten står fritt til å avslå en plan eller et prosjekt selv om vilkårene er oppfylt.⁸⁸

Beslutningsmyndigheten skal også «obtain the opinion of the general public» hvis det er «appropriate», jf. art. 6 (3) siste punktum. Heller ikke her er det etter ordlyden en plikt til høring, men dersom planen eller prosjektet faller inn under for eksempel EIA-direktivet skal høring uansett skje etter EIA-direktivet. EU-domstolen har også i sak C-243/15 om spørsmålet om en miljøorganisasjon skulle bli hørt i prosessen om tillatelse etter habitatdirektivet art. 6 (3) uttalt at Århuskonvensjonens betydning for miljøsaker sikrer allmennhetens deltakelse i beslutninger som kan ha vesentlige miljøvirkninger.⁸⁹ Dette kan forstås som at valgfriheten om høring er mindre enn ordlyden gir uttrykk for.⁹⁰ Akkurat hvor grensen går, vurderes ikke mer inngående her.

Hvis det kan konstateres at prosjektet har en «adversely affect» på Natura 2000-lokaliteten, må tiltakshaver få unntakstillatelse etter art. 6 (4) for å kunne iverksette planen eller prosjektet. Dette er temaet videre i delkapittel 2.5.

⁸⁶ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 50.

⁸⁷ Waddensee C-127/02, avsnitt 53.

⁸⁸ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 51-52.

⁸⁹ Se Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, Århus, 25. juni 1998. (Århuskonvensjonen) artikkel 6 nr. 1 b. og Lesoochranárske zoskupenie VLK C-243/15 avsnitt 46 og 49.

⁹⁰ Se også Eskeland Schütz og Johansen (2023), s. 88 som kort berører tema om offentlig medvirkning etter habitatdirektivet art. 6 (3).

2.5 Materielle vilkår

2.5.1 Innledning

Forutsetningene videre i dispensasjonsfasen, er at en plan eller et prosjekt ikke har oppfylt vilkårene i art. 6 (3). En unntakstillatelse etter art. 6 (4) er da tiltakshavers eneste mulighet til å gjennomføre planen eller prosjektet. Den nasjonale myndigheten avgjør om tillatelse skal gis dersom vilkårene er oppfylt.⁹¹ Tillatelse etter art. 6 (4) kan gis dersom de tre kumulative vilkårene er oppfylt. Det må foreligge «imperative reasons of overriding public interest», se punkt 3.5.2, være fravær av «alternative solutions», se punkt 2.5.3, og alle «compensatory measures necessary» må tas for å sikre sammenhengen i Natura 2000-nettverket, se punkt 2.5.4.

2.5.2 Vilkåret om «imperative reasons of overriding public interest»

Det første vilkåret er «imperative reasons of overriding public interest», på dansk oversatt til «bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfunnsinteresser». I samsvar med EU-rettslig metode må vilkåret tolkes snevert, fordi tiltakene det gis tillatelse til påvirker verneverdiene og formålet med vernet.⁹² I teorien støttes dette av Möckel som sier at en tolkning av vilkårene ikke skal gå på tvers av verneformålet.⁹³ Den snevre tolkningen skal sikre at beslutningsorganet ikke mister verneverdiene ut av syne.

For at det skal utgjøre en «public» interesse, må det naturlig nok være en interesse for flere. Et tiltak som gagnar en privat person, omfattes ikke av ordlyden. Av tiltak som har blitt anerkjent som «public» av EU-domstolen har blant annet vært veiernettverk, jernbane og andre transportårer som er sentrale for samferdselsnettverket i Europa, flyplass, drikkevannskilder og støydempende tiltak.⁹⁴ Altså interesser som treffer mange.

At det er samfunnsinteresser som trekkes frem, hindrer likevel ikke at et tiltak som er av privat karakter kan godkjennes. I sak C-182/10 dreide tvisten seg blant annet om tillatelse til diverse arbeid i tilknytning til Liège-Bierset flyplass, Brussels South Charleroi flyplass og Brussel-Charleroi toglinje. I saken avgjorde EU-domstolen at oppføring av bygninger og ny infrastruktur til et privat «management centre» ikke tilfredsstilte kravene til

⁹¹ Commission v French Republic C-241/08, avsnitt 72.

⁹² Grüne Liga Sachsen C-399/14, avsnitt 73.

⁹³ Möckel (2017c), s. 93.

⁹⁴ Möckel (2017c), s. 98.

samfunnsinteresse.⁹⁵ EU-domstolen tok likevel et forbehold om at et tiltak på tross av sin private karakter kan utgjøre både en «public» og «overriding» interesse dersom tiltaket kvalifiserer til en «overriding public interest».⁹⁶

At tiltaket i tillegg må være for en «overriding», eller vesentlig, samfunnsinteresse setter terskelen høyere for hvilke tiltak som godkjennes. Den aktuelle samfunnsinteressen skal ifølge EU-domstolen veies opp mot skaden på Natura 2000-området.⁹⁷ Vurderingen blir altså relativ i forhold til interessen aktiviteten skal sikre og verneverdiene, der samfunnsinteressen klart må veie tyngst for at vilkåret skal være oppfylt.⁹⁸ Mindre viktige samfunnsinteresser og tiltak som er av mindre betydning for offentligheten, rettferdiggjør ikke et unntak etter art. 6 (4).⁹⁹ I et forslag til ny forordning har Kommisjonen foreslått at produksjon av fornybar energi automatisk skal anses å oppfylle vilkåret «overriding public interest».¹⁰⁰ Her har Kommisjonen vurdert at fornybar energi er så viktig at vernet må vike der vernet og samfunnsinteressen kommer i konflikt.

Videre er det ikke tilstrekkelig at det er en vesentlig samfunnsinteresse, men tiltaket skal også utføres for «imperative reasons». «Imperative» betyr noe nødvendig. Unntakstillatelse gis til ulempe for verneverdiene, og samfunnsinteressen må være så viktig at det gir grunner for å lempe på vernet.¹⁰¹ Dette hever terskelen for hvilke samfunnsinteresser som blir ansett for viktige nok til å gi unntak fra vernet. Hvor den konkrete terskelen går, må avgjøres konkret ut ifra tiltaket, verneverdiene og samfunnsinteressene. Det må bevises at samfunnsinteressen faktisk er til fordel for samfunnet for at den skal gi grunnlag for et unntak.¹⁰²

I det første av de tre alternative vilkårene er terskelen høy og vilkåret snevrer inn adgangen til å få dispensasjon fra verneformålet.

2.5.3 Vilkaeret om «alternative solutions»

Det andre vilkaeret er at planen eller prosjektet ma være «in the absence of alternative solutions», jf. art. 6 (4). Det er tiltakshaver som skal utrede de alternative losningene, men

⁹⁵ Solvay C-182/10, avsnitt 78.

⁹⁶ Solvay C-182/10, avsnitt 77.

⁹⁷ Solvay C-182/10, avsnitt 75-78.

⁹⁸ Möckel (2017c), s. 94.

⁹⁹ Möckel (2017c), s. 95.

¹⁰⁰ Kommisjonens lovforslag COM (2022) 519, forslag til artikkel 2.

¹⁰¹ Solvay C-182/10, avsnitt 75; Möckel (2017c), s. 95.

¹⁰² Möckel (2017c), s. 95; Krämer (2009), s. 65.

beslutningsmyndigheten har en selvstendig plikt til å vurdere alternativer som tiltakshaver ikke har vurdert.¹⁰³ Hvilke alternativer som skal utredes, er imidlertid ikke åpenbart.

En alternativ plassering eller trasé vil i teorien nesten alltid finnes, der ett alternativ er å avstå fra tiltaket, et såkalt «zero-option».¹⁰⁴ Ut ifra ordlyden kan det virke som at planen eller prosjektet ikke kan gjennomføres dersom en alternativ løsning eksisterer parallelt. Formålet med unntaksbestemmelsen tilsier at vilkåret ikke kan tolkes så strengt, fordi unntaksbestemmelsen vil miste sin funksjon. EU-domstolen nyanserer videre med at alternativer som «cannot be ruled out immediately» også må vurderes.¹⁰⁵ Det skapes et skille mellom de alternativene som er teoretisk gjennomførbare og de som er et reelt alternativ. Ifølge EU-domstolen må også fraværet av alternativer bevises.¹⁰⁶

Hvilke alternative tiltak som skal vurderes, er imidlertid ikke tydelig. Direktivet gir ingen veiledning i dette spørsmålet, og EU-domstolen gir heller ingen konkrete svar. I veilederen til art. 6 (4) sier Kommisjonen at utredning skal gjøres av alle «feasible» alternativer.¹⁰⁷ Oversatt til norsk: Et gjennomførbart alternativ. Utredningen av alternativer er ressurskrevende, men det utgjør ikke grunnlag for å konstatere at alternativet ikke er gjennomførbart eller realistisk.¹⁰⁸ Krämer forstår derfor vilkåret som «absence of any *reasonable* alternative solutions».¹⁰⁹ Det kan altså antas at det er de realistiske eller gjennomførbare alternativene som avskjærer unntakstillatelse etter vilkåret om «in absence of alternative solutions».

2.5.4 Vilkaoret om «compensatory measures»

Til slutt skal medlemsstaten «take all compensatory measures necessary to ensure that the overall coherence of Natura 2000 is protected». Som nevnt i punkt 2.4.2 handler dette om en kompensasjon for negativ innvirkning på verneområdet. En sentral del av «compensatory measures» er å finne andre, liknende lokasjoner der en Natura 2000-lokalitet kan re-etableres.¹¹⁰ Prinsippet om at forurenser betaler kan få betydning her, ved at kostnaden hovedsakelig skal

¹⁰³ Commission v Portugal C-239/04, avsnitt 36-40.

¹⁰⁴ Krämer (2009), s. 63.

¹⁰⁵ Commission v Portugal C-239/04, avsnitt 38.

¹⁰⁶ Commission v Portugal C-239/04, avsnitt 36.

¹⁰⁷ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 55.

¹⁰⁸ Grüne Liga Sachsen C-399/14 avsnitt 42; EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 55.

¹⁰⁹ Krämer (2009), s. 64.

¹¹⁰ Owen (2007), s. 45; Möckel (2017c), s. 112.

bæres av tiltakshaver.¹¹¹ Dette fremgår imidlertid ikke direkte av direktivet, og utelukker heller ikke at andre midler dekker kostnaden.¹¹²

De kompensierende tiltakene skal bøte på skade eller innvirkninger fra et prosjekt eller en plan på en lokalitet. Möckel tar derfor til orde for at oppfyllelse av andre forpliktelser medlemsstaten har, for eksempel forpliktelser etter habitatdirektivet om å opprette flere Natura 2000-lokaliteter, ikke kan fungere som «compensatory measures».¹¹³ På den måten skal kompensasjonen tilføre noe nytt, i tillegg til de forpliktelsene staten allerede har. Veilederen til direktivet støtter opp under at kompensasjonsordningen skal være i tillegg til andre forpliktelser.¹¹⁴ Slik unngår man at tiltakshaver og staten unndrar seg andre forpliktelser, samtidig som det tilføres noe nytt som kompenserer for påvirkningen av verneverdiene.

Når «compensatory measures» er tatt, skal dette meddeles til Kommisjonen, jf. art. 6 (4) siste punktum. Dette kan fungere som en måte å kontrollere kompensasjonstiltak ved forringelse av verneverdier på en Natura 2000-lokalitet.

Dersom de tre kumulative vilkårene er oppfylt, kan unntakstillatelse gis etter art. 6 (4). Om tillatelse gis, er opp til beslutningsmyndigheten å avgjøre.

2.6 Oppsummerende om habitatdirektivet

Til sammen utgjør de tre fasene, screening-fasen, vurderingsfasen og dispensasjonsfasen, saksgangen i hvilke prosjekter eller planer som kan gjennomføres i et Natura 2000-område. Først må planen eller prosjektet være søknadspliktig, og «likely to have a significant effect» på verneverdiene. Dersom verneverdiene påvirkes, må planen eller prosjektet gjennom en «appropriate assessment». Hvis denne vurderingen har et negativt resultat, aktualiseres siste fase om dispensasjon, og tiltaket kan kun tillates dersom tre kumulative vilkår er oppfylt. Medlemsstaten står fritt til å avslå søknad på ethvert tidspunkt, og tiltakshaver er aldri garantert tillatelse.

¹¹¹ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 66; Ebbesson (2021), s. 38; Möckel (2017c), s. 114.

¹¹² EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 66.

¹¹³ Möckel (2017c), s. 111-112.

¹¹⁴ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 58.

3 Dispensasjonsadgangen

i naturmangfoldloven § 48

3.1 Om områdevernet etter naturmangfoldloven

Naturmangfoldlovens overordnede formål er «at naturen med dens biologiske, landskapsmessige og geologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern, [...] nå og i fremtiden», jf. § 1. Områdevern bidrar til å oppnå formålet, og i dag er omtrent 17 prosent av Norges areal vernet etter naturmangfoldloven.¹¹⁵ Med naturmangfoldloven ble lovverket oppdatert for å tydeliggjøre hensikten med naturvernet. Verneområdene skulle bidra til bevaring av flere typer natur, klarere regler for forvaltning av eksisterende verneområder og et regelverk som var bedre tilpasset internasjonale forpliktelser om vern av naturmangfoldet.¹¹⁶

Loven betegnes som en «fullmaktslov» i forarbeidene, som gir fullmakt til å konkretisere lovens innhold gjennom forskrifter.¹¹⁷ Det konkrete innholdet i vernet er opp til forvaltningsmyndigheten å avgjøre. «Kongen» kan etter nml. § 62 delegerer myndighet, og forvaltningsmyndigheten for et verneområde kan være enten kommunen, statsforvalteren eller et eget verneområdestyre, jf. § 62 (2).¹¹⁸

Områdevernet fastsettes i individuelle verneforskrifter for hvert område, jf. § 34 (1). De fem vernekategoriene fremgår av §§ 35-39 og er nasjonalparker, landskapsvernområder, naturreservater, biotopvernområder og marine verneområder. Et verneområde «kan» opprettes etter §§ 35-39, men loven oppstiller ingen plikt til vern.¹¹⁹ Verneprosessen avhenger dermed av politisk vilje.¹²⁰ Et verneområde «skal bidra til bevaring av» en rekke mål i § 33, og det skal fremgå av områdets verneforskrift hva målet er. Vernemålene skal tydeliggjøre målet med verneområdet og styrke vernet.¹²¹ I forskriften settes også områdets geografiske grenser og

¹¹⁵ NOU 2023: 25, s. 120.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 193 og s. 200.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 315; Holth & Winge AS (2023) s. 19.

¹¹⁸ Miljødirektoratet har delegeringskompetansen, jf. Forskrift om delegering av myndighet etter naturmangfoldloven fra KLD til Miljødirektoratet; Backer (2010), s. 277.

¹¹⁹ NOU 2004: 28, s. 289-290; Backer (2010), s. 270.

¹²⁰ Holth & Winge AS (2023), s. 11; rundskriv T-2015-2, punkt 2.

¹²¹ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 200; Brygfeld og Larsen (2022), Karnov lovkommentarer til nml. § 33, note 1.

bestemmelser om bruk, jf. § 34. Verneforskriften kan suppleres med en forvaltningsplan som etter forarbeidene skal sikre en «helhetlig og forutsigbar» forvaltning av området, gi veiledning i dispensasjonspraksis og hindre at verneområdet blir redusert bit for bit.¹²² Forvaltningsplanen skal gjøre dispensasjonspraksisen mer forutsigbar.

Hva som tillates av aktivitet uten krav om dispensasjon i verneområdet, avhenger av hvor strengt områdevernet er. Dette varierer for de ulike vernekategoriene.¹²³ Grensene for bruk av området uten søknadsplikt og minimumsnivået for hva som skal vernes, et såkalt minimumsvern, fremgår av §§ 35-39.¹²⁴ Verneformen naturreservat anses som det strengeste vernet, der ingen må «foreta noe som forringer verneverdiene angitt i verneformålet», jf. § 37 (3). Ordlyden «noe» taler for at alt som påvirker verneverdiene negativt, er forbudt. Til forskjell er det i nasjonalparker forbud mot «varig påvirkning av naturmiljø», jf. § 35 (2). Som et utgangspunkt legger naturreservat større restriksjoner på et areal enn en nasjonalpark.¹²⁵ Dispensasjonsadgangen i § 48 åpner for at tillatelse kan gis til tross for at tiltaket går på bekostning av vernet. Et dispensasjonsvedtak skal så offentliggjøres i Miljøvedtaksregisteret.¹²⁶

Videre knyttes det først en kommentar til skillet mellom spesielle og generelle dispensasjonshjemler, før vi går nærmere inn på innholdet i § 48.

3.2 Generell eller spesiell dispensasjonshjemmel?

Ved opprettelsen av et verneområde skal pågående og sannsynlig bruk av området veies opp mot verneverdiene.¹²⁷ Betydningen av dette kan være at visse aktiviteter kan være tillatt etter forskriften og derfor ikke utløser kravet om dispensasjon, eller at forskriften får spesielle dispensasjonsbestemmelser for pågående eller sannsynlig bruk. Slik kan dispensasjonsprosessen effektiviseres.

Det er umulig å forutse og avveie all fremtidig bruk. Derfor finnes også den generelle dispensasjonshjemmelen i nml. § 48. Bestemmelsen skal etter forarbeidene være en «sikkerhetsventil» i møte med ny og uforutsett bruk av verneområdet.¹²⁸ Noen verneforskrifter

¹²² Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 187; Backer (2010), s. 321-322.

¹²³ NOU 2004: 28, s. 382.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 197.

¹²⁵ Holth & Winge AS (2023), s. 26-27.

¹²⁶ Forskrift 14. juni 2013 nr. 643 om Miljøvedtaksregisteret, jf. nml. § 68.

¹²⁷ Rundskriv M106-2014, s. 4.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 239-240.

har en generell dispensasjonshjemmel som tilsvarer § 48, som for eksempel § 8 i forskrift om Åkersvika naturreservat.¹²⁹ En slik hjemmel kan aldri strekke seg lenger enn nml. § 48 uten at det strider mot naturmangfoldlovens formål og det konkrete verneformålet. Backer mener derfor at en forskriftsfestet generell dispensasjonshjemmel er overflødig.¹³⁰

Dersom et tiltak eller aktivitet er søknadspliktig, blir spørsmålet om den generelle eller spesielle dispensasjonshjemmelen skal brukes. Dette avgjøres ut ifra et spørsmål om tolkning av verneforskriftens spesielle dispensasjonshjemler. Hvis bruken faller utenfor en spesiell hjemmel, gjelder den generelle dispensasjonshjemmelen. I den videre fremstillingen behandles kun dispensasjon etter den generelle hjemmelen i § 48.

3.3 Introduksjon av naturmangfoldloven § 48

Dispensasjonsadgangen i § 48 skal være snever og har som formål å fungere som en sikkerhetsventil.¹³¹ Formålet er å unngå at områdevernet uthules.¹³² Dispensasjonsadgangen gjelder «vernevedtak», og § 48 kan derfor ikke gi unntak fra særskilte saksbehandlingsregler i naturmangfoldloven.¹³³

Ett av tre alternative vilkår være oppfylt for å få dispensasjon, jf. § 48 (1). Det første er at tiltaket «ikke strider mot vernevedtakets formål og ikke kan påvirke verneverdiene nevneverdig». Dispensasjon etter dette vilkåret er ment å treffe de mer bagatellmessige tiltakene.¹³⁴ Forarbeidene trekker frem for eksempel behov for beiting for å opprettholde visse verneverdier.¹³⁵

Det andre alternativet er dersom «sikkerhetshensyn [...] gjør [tiltaket/aktiviteten] nødvendig». I kategorien «sikkerhetshensyn» omfattes blant annet nødvendig virksomhet fra nødetater, nødvendig oppsyn og redningsarbeid.¹³⁶ Siste alternativ er dersom «hensynet til vesentlige samfunnsinteresser gjør [tiltaket/aktiviteten] nødvendig», jf. § 48 (1). Det er kun siste alternativ som behandles videre.

¹²⁹ Forskrift 22. januar 2016 om vern av Åkersvika naturreservat, Hamar og Stange kommuner, Hedmark.

¹³⁰ Backer (2010), s. 407-408.

¹³¹ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 239-240.

¹³² Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 239-240.

¹³³ Backer (2010), s. 410.

¹³⁴ Holth & Winge AS (2023), s. 27.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 202.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 425.

Dersom ett av disse tre vilkårene er oppfylt, «kan» forvaltningsmyndigheten avgjøre om dispensasjon skal gis. Tiltakshaver er altså ikke garantert dispensasjon selv om ett av de tre vilkårene er oppfylt. Forvaltningsmyndigheten må likevel forholde seg til alminnelige saksbehandlingsregler, blant annet om forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.¹³⁷ Usaklig forskjellsbehandling krever sammenliknbar praksis, noe som kan gjøre det vanskelig å se for seg usaklig forskjellsbehandling ved ulike tiltak eller forskjellige verneområder. En annen situasjon er der det søkes om dispensasjon til samme tiltak i samme verneområde. Oppgaven avgrenser videre mot denne problemstillingen.

Et annet spørsmål er om minimumsvernet i §§ 35-39 kan sette begrensninger for adgangen til å gi dispensasjon. Dette er særlig aktuelt for naturreservater der ordlyden er at ingen kan foreta seg «noe» som forringer verneområdet, jf. § 37 (3). Backer mener at minstevernet setter rammene for dispensasjonsadgangen.¹³⁸ Dersom dette gjelder uten unntak, blir det praktisk umulig å gi dispensasjon i naturreservat. For dispensasjon til «sikkerhetshensyn» uttaler forarbeidene at §§ 35-39 ikke setter begrensninger og videre at det vil «gi grunnlag for dispensasjon selv om det vil være i strid med verneformålet og påvirke verneverdiene».¹³⁹ Om dispensasjon for «vesentlige samfunnsinteresser» sier forarbeidene at «også [...] kan det gis dispensasjon selv om dette strider mot verneformålet og påvirker verneverdiene».¹⁴⁰ Det er tilsynelatende ikke ment å skille på de to alternativene. Dette er også konklusjonen til lovavdelingen i spørsmålet om dispensasjon for fire felts motorvei gjennom Åkersvika naturreservat i 2012.¹⁴¹

I LB-2014-40408 (Sørdalen-saken) fra 2014 var spørsmålet om dispensasjon kunne gis fordi «vesentlige samfunnsinteresser» gjorde det «nødvendig» å legge en ledningstrase gjennom et naturreservat. Lagmannsretten vurderte ikke spørsmålet om minstevernet i naturreservater kunne utelukke dispensasjon i saken. Videre legges det derfor til grunn at minstevernet ikke begrenser dispensasjonsadgangen i § 48 (1) tredje alternativ.

¹³⁷ Eckhoff og Smith, s. 404.

¹³⁸ Backer (2010), s. 410.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 425.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 425.

¹⁴¹ Lovavdelingens uttalelse JDLOV-2012-871 (2012), siste avsnitt under overskriften «om forholdet mellom de to bestemmelsene».

Analysen av § 48 deles videre opp i en del om søknadsplikten i punkt 3.4, søknadsprosessen og de prosessuelle vilkårene i punkt 3.5, og de materielle vilkårene i punkt 3.6. Til slutt i punkt 3.7 er temaet «kan»-skjønnet i § 48.

3.4 Hvilke tiltak er søknadspliktige?

Naturmangfoldloven er taus om søknadsplikten, utover at tiltakshaver må så søke dispensasjon fra «vernevedtak», jf. § 48 (1). Spørsmålet er da hva som er søknadspliktig. Rekkevidden av søknadsplikten avhenger av forholdet mellom tiltaket, verneforskriften og den konkrete vernehjemmelen i §§ 35-39.¹⁴² Tiltak eller aktivitet som går på tvers av verneformålet og forringer verneverdiene, må søkes om. For eksempel skal ikke «varig påvirkning av naturmiljø [...] finne sted» i nasjonalparker, jf. § 35 (2). Bygging av en vei gjennom en nasjonalpark, vil derfor være søknadspliktig. Søknadsplikten beror derfor på en konkret tolkning i hver enkelt sak.

Videre setter § 48 geografiske begrensninger for søknadsplikten, fordi «vernevedtak» gjelder innenfor et bestemt område, jf. nml. § 34 (2). For «utenforliggende virksomhet som kan medføre skade inn i et verneområde» pålegges forvaltningen å ta «hensynet til verneverdiene» i avgjørelsen om andre tillatelser, jf. § 49.¹⁴³ Verneverdiene kan altså få betydning for tiltak utenfor verneområdet, men det er ikke et spørsmål om dispensasjon etter § 48.¹⁴⁴

Til slutt fritar ikke tillatelse etter annet regelverk kravet om dispensasjon etter naturmangfoldloven.¹⁴⁵ Selv om nødvendig tillatelse etter akvakulturloven¹⁴⁶ foreligger, må det søkes om dispensasjon etter § 48 dersom tiltaket eller aktiviteten forringer verneverdiene og det ikke omfattes av en spesiell dispensasjonshjemmel.

¹⁴² Minstevernet finner vi i §§ 35 (2), 36 (2), 37 (3), 38 andre punktum og 39 (5).

¹⁴³ Det siste sitatet er hentet fra overskriften til § 49, som etter en kontekstuell tolkning av paragrafen setter rammene for hva § 49 gjelder for. Se også Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 426.

¹⁴⁴ Brygfjell og Larsen (2022), Karnov lovkommentarer til nml. § 49, note 1.

¹⁴⁵ Backer (2010), s. 415.

¹⁴⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (Akvakulturloven).

3.5 Søknadsprosessen og prosessuelle vilkår

3.5.1 Innledning

Dispensasjonssøknad er en søknad om å få unntak fra et forbud eller en begrensning på bruk i verneområdet. Som et utgangspunkt må det derfor søkes om tillatelse før et tiltak iverksettes. Videre gjelder saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven også for naturmangfoldloven, der det ikke er gjort særskilte unntak, jf. forvaltningsloven § 1.¹⁴⁷ Naturmangfoldloven § 48 (3) og (4) supplerer med regler for saksbehandling av dispensasjonssaker, herunder dokumentasjonskrav i søknadsprosessen, skjerpede krav til vedtakets begrunnelse og særlige regler om søknadsrekkefølgen ved dispensasjonssøknadens forhold til andre søknader. Konsekvensene av for sen søknad faller utenfor oppgavens omfang. Videre utdypes søknadsrekkefølgen og dokumentasjonskravet i punkt 3.5.2 og 3.5.3.

3.5.2 Dispensasjonssøknadens forhold til andre søknader

Det alminnelige prinsippet i forvaltningsretten er at søknader etter ulike regelverk er individuelle søknader som ikke skal innvirke på hverandre.¹⁴⁸ Dette gjelder også for dispensasjonssøknadene. Forholdet til andre nødvendige tillatelser reguleres videre i nml. § 48 (3). Situasjonen er for eksempel at tillatelse for et tiltak trengs etter både akvakulturloven og verneforskriften. Etter tredje ledd «kan tiltakshaver velge å søke» om tillatelse parallelt, jf. § 48 (3) første punktum. Ut ifra ordlyden er det valgfritt om tiltakshaver vil søke parallelt eller ikke. I disse tilfellene skal vedtak fattes først etter verneforskriften eller naturmangfoldloven, jf. § 48 (3) andre punktum. Forvaltningsmyndigheten eller verneforskriften kan likevel samtykke til en annen rekkefølge ved parallelle søknader, jf. § 48 (3) andre punktum.

Derimot er ordlyden taus om andre mulige søknadsrekkefølger. Ordlyden «kan [...] velge» parallell søknad synes også å gi tiltakshaver valgfriheten til å velge andre søknadsrekkefølge, jf. § 48 (3). Spørsmålet videre er om man skal forstå ordlyden slik at dispensasjonssøknad etter § 48 kan skje parallelt, før og etter andre søknader. I forarbeidet til loven forutsatte utvalget at det «som et utgangspunkt skal kreves at det skal foreligge en tillatelse eller en dispensasjon

¹⁴⁷ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven).

¹⁴⁸ Backer (2010), s. 416-417.

etter verneforskriften før det gis tillatelse etter annet lovverk».¹⁴⁹ Synspunktet begrunnes i ressursbesparelse i andre søknadsprosesser dersom dispensasjon ikke gis etter § 48.¹⁵⁰ Tiltakshaver kan altså søke om dispensasjon før andre tillatelser. Om det kan søkes etterpå, er etter ordlyden og forarbeidene derimot ikke like klart.

I NOU 2004: 28 foreslo utvalget at tillatelse etter vernevedtaket alltid måtte søkes om først dersom flere søknader var nødvendig.¹⁵¹ Forslaget til ordlyden var at dersom prosjektet krevde flere tillatelser, «skal tillatelse etter verneforskriften gis først».¹⁵² Dette ble ikke fulgt opp i proposisjonen, men søknad etter verneforskriften skulle som et utgangspunkt først.¹⁵³ Verken ordlyden eller forarbeidene utelukker at dispensasjon søkes om etter andre søknader og tillatelser er gitt. Samtidig kan det faktum at det på forhånd er gitt tillatelser etter andre sektorlover påvirke beslutningsprosessen ved dispensasjonssøknaden. Presset til å innvilge dispensasjon kan bli ekstra stort ved der tillatelse foreligger etter omfattende og ressurskrevende søknadsprosesser etter andre lovverk. Likevel kan ikke lovgivers valg av ordlyd i § 48 (3), selv i lys av forarbeidene, tolkes som at dispensasjon etter verneforskrift må søkes om først. Backer støtter også denne tolkningen.¹⁵⁴ Konsekvensene av denne søknadsrekkefølgen er at presset for å innvilge dispensasjon blir større. De uheldige konsekvensene kan likevel ikke begrunne et forbud mot søknad etter andre tillatelser er gitt. Dispensasjonssøknad kan derfor både skje parallelt med, før og etter andre søknader.

3.5.3 Krav til dokumentasjon

I behandlingen av dispensasjonssøknaden må forvaltningen ha et godt kunnskapsgrunnlag. «Søknad om dispensasjon [...] skal inneholde nødvendig dokumentasjon om tiltakets virkning på verneverdiene», jf. § 48 (4). Implisitt sier ordlyden at tiltakshaver må fremlegge nødvendig dokumentasjon ved søknad. Forarbeidene utdyper med at tiltakshaver har det primære ansvaret for dokumentasjonen, uten at det letter på forvaltningens ansvar for selvstendig vurdering og innhenting av informasjon, jf. forvaltningsloven § 17 (1).¹⁵⁵

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 426.

¹⁵¹ NOU 2004: 28, s. 384.

¹⁵² NOU 2004: 28, s. 619.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

¹⁵⁴ Backer (2010), s. 417.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240-241 og s. 426.

Det er ikke videre utdypet i loven eller forarbeidene hva som utgjør nødvendig dokumentasjon. Ordlyden tar sikte på det konkrete behovet i saken. Omfang avhenger etter forarbeidene av «hva søknaden gjelder og til dels også hvilke forutsetninger søker har for å kunne dokumentere virkningene».¹⁵⁶ Om dette utdyper Backer at tiltakets art, omfang og hvilke verneverdier som berøres, er av betydning.¹⁵⁷ Dokumentasjonskravet er altså spesifikt for den enkelte sak, men mer konkrete krav er vanskelig å oppstille basert på kildene.

Forvaltningen fritas ikke plikten til å sikre et godt beslutningsgrunnlag selv om tiltakshaver har hovedansvaret for dokumentasjon. De alminnelige bestemmelsene om bærekraftig bruk i naturmangfoldlovens kapittel II kan ifølge Backer være veiledende for beslutningsgrunnlaget til forvaltningen.¹⁵⁸ Regelen om kunnskapsbasert forvaltning finner vi i § 8, som sier at kunnskapsgrunnlaget skal være et korrekt vitenskapelig kunnskapsgrunnlag som skal stå «i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet». Hva som er godt nok grunnlag er relativt i forhold til tiltaket og verneverdiene. Videre supplerer § 9 med føre-var-prinsippet. I kjernen av prinsippet ligger det at tvil skal komme naturen og miljøet til gode.¹⁵⁹ Altså, både innvirkninger på verneverdiene som er sannsynlige og mer usikre, må utredes.¹⁶⁰

Det er ikke utenkelig at et tiltak som skal utføres i et verneområde også utløser en plikt til konsekvensutredning etter konsekvensutredningsforskriften.¹⁶¹ En utredning etter konsekvensutredningsforskriften erstatter ikke, men supplerer kravene til saksbehandling i naturmangfoldloven.¹⁶² Selv om tiltakshaver skal hente inn kunnskap til dispensasjonssøknaden og etter konsekvensutredningsforskriften, er ikke kunnskapen som hentes inn nødvendigvis den samme. Forvaltningen sin motivasjon bak kunnskapsinnhenting kan skille seg fra tiltakshavers motivasjon. At forvaltningen supplerer kunnskapsgrunnlaget for dispensasjonssøknaden kan derfor bidra til å sikre et godt kunnskapsgrunnlag som belyser alle sider av saken.¹⁶³ Det begrunner hvorfor utredning etter konsekvensutredningsforskriften bare er supplerende.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 241.

¹⁵⁷ Backer (2010), s. 418.

¹⁵⁸ Backer (2010), s. 418.

¹⁵⁹ Winge (2013), s. 260.

¹⁶⁰ Backer (2010), s. 418.

¹⁶¹ Forskrift av 21. juni 2017 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften).

¹⁶² Holth og Winge (2014), s. 25-26.

¹⁶³ Saglie og Thorén (2014), s. 169.

Kravet til dokumentasjon skal sikre at forvaltningen fatter en riktig avgjørelse i saken. Dette avhenger av at korrekt og tilstrekkelig kunnskap hentes inn av både tiltakshaver og forvaltningen.

3.6 Materielle krav

3.6.1 Innledning

Dersom et tiltak eller en aktivitet er søknadspliktig, må de materielle vilkårene være oppfylt for at det kan gjennomføres. Naturmangfoldloven er en oppfølger fra naturvernloven av 1954¹⁶⁴ og naturvernloven av 1970.¹⁶⁵ Etter disse lovene kunne dispensasjon gis når «tiltak av vesentlig samfunnsmessig betydning [...] krever det», jf. naturvernloven 1954 § 3 og naturvernloven 1970 § 23. Denne dispensasjonsadgangen ble foreslått fjernet av lovutvalget i 2004, til fordel for en prosess der verneforskriften ble endret eller tilpasset tiltaket, noe som krever høring, jf. § 43.¹⁶⁶ Forslaget ble ikke fulgt opp, men det var enighet om at dispensasjonsadgangen burde snevres noe inn i forhold til de tidligere lovene.¹⁶⁷ Derfor fikk ordlyden blant annet tillegget «gjør det nødvendig».

Etter dagens regel «kan» forvaltningsmyndigheten gi dispensasjon dersom «hensynet til vesentlige samfunnsinteresser gjør [tiltaket/aktiviteten] nødvendig», jf. § 48 (1). Videre er temaet først hva som omfattes av «vesentlige samfunnsinteresser», så hva som er «nødvendig».

3.6.2 Vilkåret om «vesentlige samfunnsinteresser»

Hva som er en «samfunnsinteresse» er etter en vag og vid ordlyd ikke helt åpenbart. En «samfunnsinteresse» må være noe som er til fordel for mange. En interesse som gagnar noen få, vil neppe omfattes av ordlyden. Derimot ville dispensasjonsadgangen blitt nærmest virkningsløs dersom det var krav om at alle i samfunnet skulle ha fordel av interessen. Forarbeidene er klare på at kjernen av vilkåret omfatter interesser av «nasjonal betydning», men er ikke mer spesifikke om ordlydens omfang.¹⁶⁸ Backer trekker en grense mellom de lokale

¹⁶⁴ Lov 1. desember 1954 nr. 2 om naturvern (Naturvernloven).

¹⁶⁵ Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern (Naturvernloven).

¹⁶⁶ NOU 2004: 28 s. 382.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240 og 425.

eller regionale interessene og interessene av nasjonal betydning.¹⁶⁹ For videre utdypning kan vi se til forarbeidene til naturvernlovene fra 1954 og 1970. Dispensasjonsadgangen i § 48 bygger på de tidligere lovene, og hva som omfattes som «samfunnsinteresser» er derfor overførbart.¹⁷⁰ I de eldre forarbeidene finner vi samfunnsinteresser som samferdselsinteresser i naturvernloven 1954, og forsvarstiltak i loven fra 1970.¹⁷¹

Sørdalen-saken omhandlet trasévalget til en høyspenttrase gjennom Sørdalen naturreservat. I saken utgjorde hensynet til energiforsyningssikkerhet i Midt-Norge «vesentlig samfunnsinteresse».¹⁷² Vedtaket ble likevel kjent ugyldig på grunn av «nødvendig»-vilkåret, som omtales nærmere i punkt 3.6.3. Hensynet til energiforsyningssikkerhet til et lokalt hyttefelt eller industriområde vil trolig ha et annet utslag i vurderingen av samfunnsinteresser.¹⁷³ Noe mer veiledning finnes i rundskrivet til § 48. Rundskrivet er ikke rettslig bindende, men skal være rettleidende forvaltningen.¹⁷⁴ I rundskrivet nevnes «kommunikasjonsanlegg som flyplasser, jernbaner eller større samferdselsprosjekter» som relevante samfunnsinteresser.¹⁷⁵

«Samfunnsinteressen» må så være «vesentlig». Ordlyden innskrenker hvilke samfunnsinteresser som kvalifiserer til dispensasjon og legger opp til en bred helhetsvurdering av sakens forhold. Forarbeidene støtter en forståelse av at kun de svært viktige og tungtveiende interessene kan begrunne dispensasjon.¹⁷⁶ Terskelen for inngrep i verneområdet er høy, og dermed er omfanget av de samfunnsinteresser som kvalifiserer lite.¹⁷⁷ Backer skriver at samfunnsinteressen må være av «kvalifiser art» for å begrunne dispensasjon.¹⁷⁸ Formålet med områdevernet er å unngå skade på verneverdiene, noe som begrunner en snever dispensasjonsadgang. Kjernen i vurderingen blir hvor viktig samfunnsinteressen er, og om samfunnsinteressen kan begrunne at verneverdiene påvirkes negativt. Noen nærmere veiledning på hvor terskelen ligger er det vanskelig å lese ut av kildene, men det er klart at det må vurderes konkret for sak.

¹⁶⁹ Backer (2010), s. 410.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 34 (1953), s. 4; ot.prp. nr. 65 (1968-1969) s. 31.

¹⁷² LB-2014-40408, s. 14.

¹⁷³ Backer (1986), s. 238.

¹⁷⁴ Eckhoff og Smith (2018), s. 148-149.

¹⁷⁵ Rundskriv M106-2014, s. 14.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 410; NOU 2004: 28 s. 382.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 240.

¹⁷⁸ Backer (2010), s. 410.

Et nylig eksempel av en vesentlighetsvurdering finner vi i Lågendelta-saken. Bane Nor SF fikk dispensasjon fra Statsforvalteren til å oppføre ny firefelts motorvei i 110 km/t på veistrekningen Moelv – Øyer gjennom Lågendeltaet naturreservat. Vedtaket ble påklaget av en rekke naturvernorganisasjoner, som førte til at utbygger fikk avslag på dispensasjonssøknaden av Miljødirektoratet etter klagebehandlingen.¹⁷⁹ Vedtaket ble senere omgjort av Klima og miljødepartementet, som endret verneforskriften til Lågendeltaet, slik at prosjektet kunne holde fram.¹⁸⁰ Vedtaket har derfor lite selvstendig rettskildemessig vekt, men kan illustrere en vurdering av «vesentlig samfunnsinteresser» der interessen, her samferdselsinteresse, tilsynelatende oppfyller vilkåret om «samfunnsinteresse», men ikke er «vesentlig».

Miljødirektoratet kom til at det ikke forelå en «vesentlig samfunnsinteresse», og at den heller ikke var «nødvendig». Det avgjørende var at prosjektet hadde en negativ samfunnsøkonomisk nytte beregnet til om lag 5,3 milliarder kroner.¹⁸¹ Direktoratet forsto vilkåret «vesentlig» som at også den samfunnsøkonomiske kostnaden kunne være et moment i vurderingen. Verken forarbeidene eller de resterende kildene er tydelige på vurderingsmomenter i vesentlighetsvurderingen, og man vet ikke hva lovgiver har tenkt om samfunnsøkonomiske kostnader som et vurderingsmoment. Det er likevel ikke helt utenkelig at momentet kan ha betydning i andre saker, fordi vilkåret «vesentlig» legger opp til en helhetlig vurdering av saken.

For at vilkåret «vesentlige samfunnsinteresser» skal være oppfylt, må altså interessen være av en nasjonal betydning, og den må være viktig nok. Om vilkårene er oppfylt må avgjøres konkret i hver enkelt sak, der alle sidene av tiltaket tas i betraktning.

3.6.3 Hva er «nødvendig»?

3.6.3.1 Overordnede linjer i nødvendighetsvurderingen

Den «vesentlige samfunnsinteress[en]» må så gjøre tiltaket eller aktiviteten «nødvendig». Tilføyelsen av «nødvendig» var som nevnt et forsøk på å innsnevre dispensasjonsadgangen.¹⁸² Det som må være «nødvendig» er ikke tiltaket i seg selv, men å gjøre unntak fra vernevedtaket. En naturlig forståelse av «nødvendig» omfatter spekteret og nyansene mellom det man ikke

¹⁷⁹ Vedtak fra Miljødirektoratet 19. desember 2022 om dispensasjon i Lågendeltaet.

¹⁸⁰ Se Forskrift av 20. juni 2023 om endring av forskrift om fredning av Lågendeltaet naturreservat, Lillehammer kommune, Oppland.

¹⁸¹ Vedtak fra Miljødirektoratet 19. desember 2022 om dispensasjon i Lågendeltaet, s. 14.

¹⁸² Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

klarer seg uten til det som ikke trengs. Ordlyden er svært skjønnsmessig, og spørsmålet om noe er «nødvendig» må avgjøres konkret i hver sak. I forvaltningsretten blir formuleringen «nødvendig» ofte forstått som et uttrykk for forholdsmessighet og en avveining av motstående hensyn.¹⁸³ Dersom det er en annen og mindre inngripende måte å oppfylle samfunnsinteressen på, er ikke tiltaket forholdsmessig.¹⁸⁴ Et spørsmål kan være om fordelene ved dispensasjon overstiger ulempene.¹⁸⁵

Forarbeidene har flere generelle uttalelser som tyder på en høy terskel for å gi dispensasjon. Inngrep i verneområdet skal så langt som mulig «unngås eller begrenses», og dispensasjonsadgangen utgjør en «sikkerhetsventil».¹⁸⁶ I Sør-dalen-saken forstår lagmannsretten nødvendighetsvilkåret som en «interesseavveining mellom verneinteressene og de vesentlige samfunnsinteressene».¹⁸⁷ Lagmannsretten sier videre at verneinteressene skal veie tungt i interesseavveiningen, noe som også støttes av ordlydens terskel og formålet med områdevernet. Domstolen tok ikke stilling til hvor terskelen går generelt, men trekker frem at «en ren interesseovervekt vil på langt nær være tilstrekkelig».¹⁸⁸ Det skal altså mye til for at samfunnsinteressen veier tyngre enn verneinteressene. Forvaltningen kan altså ikke gi en unødvendig dispensasjon og behovet for tiltaket eller aktiviteten må være så stort at hensynet til verneverdiene må vike.

Om dispensasjonen er nødvendig, må avgjøres i en helhetsvurdering. At hensynet til samfunnsinteressene og verneinteressene ikke er like størrelser og derfor er svært vanskelig å veie opp mot hverandre, kompliserer helhetsvurderingen. I praksis og teori er betydningen av alternativ trasé ofte et sentralt vurderingsmoment, se nærmere punkt 3.6.3.2. Andre momenter som kan være relevante i vurderingen utdypes i punkt 3.6.3.3.

3.6.3.2 Momentet om alternativ trasé

Hvordan vurderingen av nødvendighet stiller seg mot alternativ trasé er mye diskutert. Backer tar til orde for at nødvendighetskriteriet ikke er oppfylt dersom «det [lar] seg gjøre å ivareta [samfunnsinteressen] på annen måte».¹⁸⁹ Som vist til over i delen om alternative løsninger i

¹⁸³ Bernt (2015), s. 37 og 42.

¹⁸⁴ Bernt (2015), s. 37.

¹⁸⁵ Bernt (2015), s. 37.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr 52 (2008-2009) s. 240.

¹⁸⁷ LB-2014-40408, s. 15.

¹⁸⁸ LB-2014-40408, s. 15.

¹⁸⁹ Backer (2010), s. 410.

EU-retten, punkt 2.5.3, vil det nesten alltid eksistere alternative løsninger. Spørsmålet er derfor om man kan si at alternative løsninger kan stenge dispensasjonsadgangen, og hvilke alternative løsninger som eventuelt gjør det.

Hvis man forstår ordlyden som at et tiltak ikke er nødvendig hvis det finnes et alternativ, og man legger til grunn at det alltid vil eksistere et alternativ eller zero-option, vil «nødvendig» stenge for dispensasjon i alle saker. Dette hindrer formålet om muligheten for dispensasjon i § 48. Ordlyden kan altså ikke tolkes så absolutt. Etter forarbeidene er områdevernet en tungtveiende grunn for å finne løsninger utenfor verneområdet, men at det «trolig [...] ikke alltid [vil] la seg gjøre».¹⁹⁰ Forarbeidene stenger ikke for dispensasjon dersom alternative løsninger eksisterer, men hever terskelen for å tillate dispensasjon dersom alternativene er mindre inngripende. Dette er imidlertid den eneste uttalelsen som knytter seg til spørsmålet om alternative løsninger.

Backer sin uttalelse som er sitert over fremstår som en enten/eller-uttalelse. Dersom det finnes andre løsninger, kan ikke prosjektet gjennomføres. Samtidig i setningen «lar det seg gjøre», kan det tenkes at kun realistiske eller gjennomførbare alternativer stenger for dispensasjon. Om det er dette Backer har ment er ikke helt klart. Lagmannsretten forsto uttalelsen som en enten/eller-uttalelse i Sjørdalen-saken.¹⁹¹

I Sjørdalen-saken var ikke nødvendighetskriteriet oppfylt.¹⁹² På tidspunktet for dispensasjonsvedtaket den 29. mai 2013 fantes en alternativ trasé som var rimeligere og som ikke ville påvirke verneverdiene i Sjørdalen. Selv om retten ikke uttalte seg generelt om forholdet mellom verneverdiene og alternative løsninger, bidrar likevel dommen til en forståelse av momentene i interesseavveiningen.¹⁹³ Lagmannsretten tolker nødvendighetsvilkåret strengt, men likevel mindre strengt enn Backer gjør. I saken var ikke nødvendighetsvilkåret oppfylt der en «alternativ trasé [...] utenfor verneområdet [kan] etableres innen rimelig tid og til ikke uforholdsmessige kostnader».¹⁹⁴ Begrunnelsen var at selv om

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 240.

¹⁹¹ LB-2014-40408, s. 15.

¹⁹² LB-2014-40408, s. 17.

¹⁹³ LB-2014-40408, s. 15.

¹⁹⁴ LB-2014-40408, s. 15.

forarbeidene viser til en snever dispensasjonsadgang, blir regelen «nær virkningsløs» dersom man forstår vilkåret som en enten/eller-adgang der alternative løsninger eksisterer.¹⁹⁵

Lagmannsrettens uttalelse om «innen rimelig tid og til ikke uforholdsmessige kostnader» er den eneste uttalelsen som direkte går på hvilke alternativer som kan hindre dispensasjon. Det som kan trekkes ut av uttalelsen, er at det er de realistiske alternativene som regnes med. Hvis et prosjekt utenfor et verneområde vil koste ti ganger mer og ta ti ganger lengre tid, er det kanskje ikke realistisk. Hva som er innen rimelig tid, uten forholdsmessige kostnader, realistisk og gjennomførbart må avgjøres konkret i hver enkelt sak.

I et helhetlig bilde ikke grunnlag for å forstå nødvendighetsvilkåret så strengt som Backer, selv om vilkåret skal tolkes strengt. Det er altså klart at alternative løsninger kan stenge for dispensasjon i saker etter § 48, men kun i de tilfellene der alternativene er realistiske.

Tidspunktet for dispensasjonssøknaden kan være sentralt for vurderingen av alternativ trasé. I store utbyggingsprosesser blir alternativer vurdert og forkastet fortløpende. Søknadstidspunktet er avgjørende for hvilke alternativer som er mulig å vurdere i en dispensasjonssøknad. I Lågendelta-saken ble dispensasjonssøknaden sendt inn sent i prosessen, noe Miljødirektoratet mente at snevret inn handlingsrommet «for å ivareta hensynet til verneområdet begrense[s] pr dispensasjonssøknaden fremmes så sent i prosessen».¹⁹⁶ Konsekvensen av å søke om dispensasjon så sent i prosessen blir altså at forvaltningsmyndigheten vil «være låst til å kun vurdere de alternativene som gjenstår etter avveining mot andre interesser enn verneinteressene».¹⁹⁷ Samtidig må søknaden komme så sent at tiltakshaver vet konkret hva det søkes dispensasjon til. Et sent søknadstidspunkt er altså ikke ulovlig, men det er uheldig, fordi det begrenser hvilke alternative løsninger som kan vurderes.

3.6.3.3 Andre momenter i helhetsvurderingen

Som nevnt beror nødvendighetskriteriet på en konkret og helhetlig avveining mellom verneinteresser og samfunnsinteresser. De samme interessene og hensynene gjør seg ikke gjeldende i hver sak, men noen momenter går igjen. Formålet med å bevare en art, naturtype eller økosystem i tråd med verneforskriften er naturligvis sentrale. I tillegg kan argumentet om

¹⁹⁵ LB-2014-40408, s. 15.

¹⁹⁶ Vedtak fra Miljødirektoratet 19. desember 2022 om dispensasjon i Lågendeltaet, s. 17.

¹⁹⁷ Vedtak fra Miljødirektoratet 19. desember 2022 om dispensasjon i Lågendeltaet, s. 17.

fragmentering eller oppstykkning av verneområdet vektlegges. I Sjørdalen-saken ble dette brukt som argument mot dispensasjon for kraftledning gjennom verneområdet.¹⁹⁸

På den andre siden er hensynene til den «vesentlige samfunnsinteressen». Det åpenbare her er formålet med inngrepet, for eksempel å sikre energiforsyningssikkerhet i Midt-Norge. Sjørdalen-saken viser at kostnadsnivå også har betydning i avveiningen. Dersom det er en «ikke uforholdsmessige kostnad» ved å oppfylle samfunnsinteressen utenfor verneområdet, vil ikke vilkårene være oppfylt.¹⁹⁹

Tidsaspektet kan også ha betydning i avveiningen.²⁰⁰ Dersom det er tidskrittisk å oppfylle samfunnsinteressen, eller det vil ta vesentlig lengre tid om tiltaket legges utenfor verneområdet, må man forstå lagmannsretten i Sjørdalen-saken som at dette taler i favør av dispensasjon.²⁰¹ Er det derimot ingen forskjell i tid på løsning innenfor eller utenfor verneområdet, må man falle tilbake på et utgangspunkt om at hensynet til verneinteressene skal veie tyngre.²⁰²

Til slutt står man igjen med en konkret vurdering av saken. Det avgjørende er at alle relevante aspekter i saken vurderes. Utgangspunktet er at dispensasjonssøknaden er et unntak fra en begrensning av bruk av et område, og terskelen for å gjøre unntak fra dette er høy. Det skal altså mye til for at noe veier tyngre enn verneinteressene.

3.7 Forvaltningens «kan»-vurdering

Er alle vilkårene for dispensasjon er oppfylt, «kan» forvaltningen gi dispensasjon, jf. § 48 (1). Ordlyden gir uttrykk for et forvaltningsskjønn, også kalt et fritt skjønn, som gir forvaltningsmyndigheten valgmuligheten om å avslå eller godkjenne en dispensasjonssøknad.²⁰³ Hvilket skjønn som foreligger har betydning for domstolens prøvingsadgang, og domstolens kompetanse begrenses til de vilkår som er rettslige.²⁰⁴

¹⁹⁸ LB-2014-40408, s. 15.

¹⁹⁹ LB-2014-40408, s. 15.

²⁰⁰ LB-2014-40408, s. 15.

²⁰¹ LB-2014-40408, s. 15.

²⁰² Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 240.

²⁰³ Eckhoff og Smith (2018) s. 365 og 374.

²⁰⁴ Eckhoff og Smith (2018) s. 365 og 374. Se også rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning), s. 1431, der Høyesterett er klar på at «om en eventuell fredningsadgang skal benyttes» etter naturvernloven av 1970 § 8 ikke kan overprøves av domstolene, noe som kjennetegner forvaltningsskjønnet.

Selv om domstolen ikke kan overprøve «kan»-vurderingen, står ikke forvaltningen helt fritt i sin avgjørelse. Vilklårene for dispensasjon må naturlig nok være oppfylt. I tillegg supplerer § 48 (2) med retningslinjer når dispensasjon til fordel for «vesentlige samfunnsinteresser» skal gis. Ifølge andre ledd skal det «særlig legges vekt på verneområdets betydning for det samlede nettverket av verneområder og om et tilsvarende verneområde kan etableres eller utvikles et annet sted». Både verneverdiene i området og om annen natur av tilsvarende kvalitet kan vernes må vektlegges.²⁰⁵ Andre ledd åpner for å kreve at tiltakshaver oppretter et kompensasjonsareal, noe som ofte omtales som økologisk kompensasjon.²⁰⁶ Dette innebærer å erstatte tapte naturområder slik at man får et netto null tap.²⁰⁷ Økologisk kompensasjon blir ofte forstått som at erstatningsarealet må være av samme naturtype, noe som også ligger i ordlyden «tilsvarende verneområde».²⁰⁸ Ut ifra ordlyden er det imidlertid ingen plikt til å kreve kompensasjonsareal.

Økologisk kompensasjon må eventuelt kreves gjennom vilkår i dispensasjonen. Hvilke vilkår som kan settes begrenses av den ulovfestede vilkårs læren i forvaltningsretten. Etter denne læren må det være en saklig sammenheng mellom tillatelsen og vilkåret, og vilkåret kan ikke være uforholdsmessig tyngende.²⁰⁹ Et vilkår om erstatningsareal i Trøndelag vil for eksempel ikke være et forholdsmessig vilkår for en dispensasjonstillatelse på Hardangervidda. Samtidig kan man se kravet om økologisk kompensasjon opp mot nml. § 11 om at kostnadene ved miljøforringelse skal bæres av tiltakshaver. Det er utenfor oppgavens omfang å se nærmere på prinsippet i § 48 (2) og § 11 om at tiltakshaver skal bære kostnadene opp mot begrensningen i vilkårs læren.

Internasjonale forpliktelser kan sette rammer for forvaltningens skjønnsutøving. Dersom et verneområde gitt «særskilt status» etter våtmarkskonvensjonen etter nml. § 40 skal dispenseres fra, «should [it] as far as possible compensate for any loss of wetland resources», jf. våtmarkskonvensjonen art. 4 (2).²¹⁰ Dette kravet gjelder som norsk rett, jf. § 40 andre punktum. Slik kan internasjonale forpliktelser gi strengere dispensasjonsvilkår og sette grenser for forvaltningens skjønnsutøvelse.

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), s. 425.

²⁰⁶ Hagen m.fl. (2022), s. 34; Holth & Winge AS (2023), s. 32; NOU 2013: 10 s. 362.

²⁰⁷ Hagen m.fl. (2022), s. 34.

²⁰⁸ Hagen m.fl. (2022), s. 34.

²⁰⁹ Eckhoff og Smith (2018), s. 418; Holth & Winge AS (2023), s. 32.

²¹⁰ Convention on wetlands of international importance especially as waterfowl habitat, Ramsar, 02. februar 1971. (Våtmarkskonvensjonen).

Til slutt må forvaltningen også holde seg innenfor grensene om usaklig forskjellsbehandling, som omtalt over i punkt 3.3. Forvaltningsmyndigheten står altså fritt innenfor disse rammene til å godkjenne eller avslå en dispensasjonssøknad.

3.8 Oppsummerende om naturmangfoldloven

For å få dispensasjon fra vernevedtak må ett av tre alternative vilkår være oppfylt, jf. § 48 (1). I kapittel 3 har vi sett nærmere på dispensasjonsadgangen til fordel for «vesentlige samfunnsinteresser» som kan påvirke områdevernet negativt. Hvilke tiltak som er søknadspliktige avhenger av verneforskriften og verneformen. I saksbehandlingen av dispensasjonssøknaden er det noen supplerende regler som stiller krav til tiltakshaver og forvaltningen. Dispensasjon kan så gis dersom det foreligger «vesentlige samfunnsinteresser» som gjør tiltaket eller aktiviteten «nødvendig». Forvaltningen har, innenfor visse rammer, friheten til å godkjenne eller avslå dispensasjonssøknaden.

4 Overordnet sammenlikning av regelverkene

4.1 Innledning

I dette kapitlet skal vi se nærmere på noen sentrale forskjeller og likheter i dispensasjonsadgangen i naturmangfoldloven og habitatdirektivet. Som nevnt i punkt 1.1 er en fullstendig og detaljert sammenlikning verken hensiktsmessig eller formålstjenlig. Sammenlikningen går derfor ikke i detalj på alle sider av regelverket. En metodisk svakhet ved denne sammenlikningen er at det kan finnes andre elementer av betydning for dispensasjonsadgangen som kan være oversett. Når det er sagt, er det her hentet ut og pekt på det som etter en studie av regelverkene fremstår som de mest sentrale trekkene ved regulering av dispensasjon.

Videre i punkt 4.2 sammenliknes hvilke tiltak som er søknadspliktige etter regelverkene og i punkt 4.3 søknadsprosessen og prosessuelle vilkårene, med et dypdykk i forskjellen på søknadsprosessen etter nml. § 48 og «appropriate assessment» i habitatdirektivet art. 6 (3). Til

slutt sammenliknes de materielle vilkårene i punkt 4.4 med særlig fokus på «vesentlige samfunnsinteresser» og «overriding public interest».

4.2 Søknadsplikten

Utgangspunktet i naturmangfoldloven og habitatdirektivet er det samme, nemlig at det som ikke er tillatt i et verneområde, er søknadspliktig. I begge regelverk må det gjøres en konkret vurdering av tiltaket opp mot områdevernet. Regelverkene er derimot ulike, ved at «plan or project» er søknadspliktige etter habitatdirektivet, mens det må søkes dispensasjon fra «vernevedtak» etter § 48. Det spesifiseres altså ikke hva som må søkes dispensasjon for etter norsk rett.

Etter habitatdirektivet må planer og prosjekter som er «likely to have a significant effect» på verneverdiene gjennom en «appropriate assessment», og dersom denne vurderingen er negativ må tiltaket søkes om, jf. art. 6 (3). For å være søknadspliktig må tiltaket eller aktiviteten derfor kunne påvirke («likely to have») verneverdiene i en negativ forstand. Vilåret «likely to have a significant effect» etter habitatdirektivet sees etter praksis i lys av føre-var prinsippet. Terskelen for hvilke planer eller prosjekter som må vurderes senkes når det ikke må bevises at de har en påvirkning på verneverdiene før prosjektet eller planen vurderes i en «appropriate assessment».²¹¹

Søknadsplikten etter naturmangfoldloven beror på minimumsvernet i den konkrete vernekategorien.²¹² EU-retten kan fremstå klarere i å identifisere hva som er søknadspliktig aktivitet i et verneområde etter habitatdirektivet, fordi det er tydeligere vurderingskrav om en kvalifisert negativ påvirkning på verneverdiene. Samtidig kan kravet om kvalifisert påvirkning ha utslag i omfanget av søknadsplikten. Småskalaprojekter som påvirker verneverdiene, men i liten grad, kan gå klar for et krav om dispensasjon etter habitatdirektivet.²¹³ Etter naturmangfoldloven må det vurderes konkret ut ifra en tolkning av tiltaket og vernekategorien om tiltaket må søkes om. At søknadsplikten etter naturmangfoldloven varierer basert på vernekategori kan gi et større spillerom for ulik grad av vern og restriksjoner i verneområdene.

²¹¹ Se punkt 2.3.2 og 2.4.

²¹² Se punkt 3.3.

²¹³ Se punkt 2.3.2.

Et annet skille kan vi se for tiltak utenfor verneområdet som påvirker verneverdiene innenfor verneområdets grenser. Etter habitatdirektivet er slik aktivitet søknadspliktig dersom det er «likely to have a significant effect» på verneverdiene og vurderingen i «appropriate assessment» er negativ, jf. art. 6 (3) og (4).²¹⁴ Dette er ikke tilfellet etter naturmangfoldloven § 48, som begrenser søknadsplikten til tiltak innenfor verneområdets grenser.²¹⁵ Dette utgjør en viktig forskjell i spørsmålet om hva som er søknadspliktig etter regelverkene, der habitatdirektivets nedslagsfelt er større.

Forskjellen er likevel ikke ensbetydende med at områdevernet er svakere etter norsk rett. For tiltak utenfor verneområdets grenser skal verneverdiene vektlegges i avgjørelsen om tillatelse etter andre regelverk bør gis, jf. nml. § 49.²¹⁶ Spørsmålet er om tiltak som trenger tillatelse etter andre sektorlover, kan påvirke verneverdiene. I så fall skal verneverdiene vektlegges i spørsmålet om tillatelse etter de aktuelle sektorlovene. Dette stiller imidlertid krav om oversikt over den samlede belastningen i et område, og gir ingen garanti for at verneverdiene spiller inn i like stor grad som dersom det var krav om dispensasjon.

Til slutt må som nevnt alle tiltak i Natura 2000-områder gjennom en «appropriate assessment», jf. art. 6 (3). Dersom resultatet på denne er «negative», må tiltaket eller aktiviteten søke tillatelse etter den strenge unntaksbestemmelsen i art. 6 (4). Resultatet av denne vurderingen er med på å sette rammene for hvilke tiltak som er søknadspliktige. Kravene til denne vurderingen sammenliknes med naturmangfoldloven videre i punkt 4.3.

4.3 Søknadsprosessen og prosessuelle vilkår

Prosessuelle krav gjelder spørsmål om vurderingen av tiltaket eller aktiviteten og hvilket beslutningsgrunnlag tillatelsene eller dispensasjonene bygger på. Etter habitatdirektivet skal en «appropriate assessment» gi svaret på om det omsøkte tiltaket vil «adversely affect» verneverdiene, og om dette gjør at tiltakshaver eventuelt må søke tillatelse etter art. 6 (4). Kjernen i denne vurderingen er å vurdere tiltaket eller aktivitetens virkninger på verneverdiene, og gi et grunnlag for at den aktuelle myndigheten kan ta en informert beslutning.²¹⁷ Etter norsk rett må man derimot ikke gjennom en slik vurdering for å slå fast om man er søknadspliktig

²¹⁴ Se punkt 2.3.1.

²¹⁵ Se punkt 3.4.

²¹⁶ Se punkt 3.4.

²¹⁷ Se punkt 2.4.2

etter § 48. Samtidig er det visse likhetstrekk ved at søknaden etter nml. § 48 (4) skal inneholde «nødvendig dokumentasjon».

Detaljnivået i kunnskapsinnhenting er vagt formulert i nml. § 48 (4) med ordlyden «nødvendig dokumentasjon». Ordlyden «appropriate» etter habitatdirektivet art. 6 (3) er tilsvarende vag. EU-domstolen har uttalt spesifikt at kunnskapen må være den beste forskningsbaserte kunnskapen på området, at informasjonen skal være objektiv og detaljert nok ut ifra selve tiltaket.²¹⁸ Til «nødvendig» i nml. § 48 har ikke norske domstoler uttalt seg om dokumentasjonskravet, men ut ifra forarbeidene, teori og sammenhengen i regelverket må krav til dokumentasjonen gjenspeile tiltakets art, omfang og verneverdiene.²¹⁹ Begge regelverkene setter altså krav til kunnskapsinnhenting på et nivå som skal gi rett og detaljert nok kunnskap for å kunne ta en beslutning om tiltaket eller aktiviteten skal iverksettes i verneområdet.

Etter naturmangfoldloven må kunnskapsinnhenting i tillegg ta høyde for føre-var-prinsippet og kravene om kunnskapsbasert forvaltning i henholdsvis nml. §§ 9 og 8. Det samme gjelder for EU-retten, der føre-var-prinsippet som overordnet miljøprinsipp setter standarden for «appropriate assessment».²²⁰ Prinsippet som overordnet miljøprinsipp er altså relevant ved avgjørelsen av om et tiltak som forringer verneverdiene skal kunne tillates eller ikke etter begge regelsettene. Winge trekker frem at prinsippene om føre-var og kunnskapsbasert forvaltning etter norsk rett skal skape en sikkerhetsmargin for mulige miljøkonsekvenser i beslutningsprosessen for eventuell dispensasjon.²²¹ Mye kan tyde på at prinsippene utgjør en tilsvarende sikkerhetsmargin i EU-retten, fordi de skal skape et skille mellom prosjekter som påvirker verneverdiene i negativ forstand, og de prosjektene som ikke gjør det.²²²

Derimot skiller regelsettene seg der tiltakshaver etter norsk rett skal fremlegge dokumentasjon ved søknaden, jf. § 48 (4), mens etter habitatdirektivet skal det gjøres en vurdering, jf. art. 6 (3). Vurderingen etter habitatdirektivet er relevant for tillatelse til unntak i den forstand at den i første rekke avgjør om det må gjøres unntak fra vernet fordi resultatet på vurderingen er «negative», og deretter utgjør en del av beslutningsgrunnlaget for tillatelse etter art. 6 (4).²²³

²¹⁸ Se Waddenzee C-127/02, avsnitt 61 og punkt 2.4.2.

²¹⁹ Se mer i punkt 3.6.3.

²²⁰ Owen (2007), s. 15.

²²¹ Winge (2013), s. 260.

²²² Se for eksempel sak Waddenzee C-127/02, avsnitt 44-45, 58 og 61 der EU-domstolen uthever viktigheten av både føre-var-prinsippet og forskningsbasert kunnskap for å unngå ikke-akseptabel påvirkning på verneverdiene.

²²³ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 54.

Samtidig må man også etter norsk rett ta en vurdering av om det må søkes dispensasjon eller ikke, noe som følger av logikken i regelverket, men det er ingen tydelige rammer for en slik vurdering. Forskjellen vil likevel sannsynligvis ikke bety at det av den grunn søkes dispensasjon for færre tiltak etter naturmangfoldloven.

Etter begge regelverkene må beslutningsorganet selvstendig vurdere om den informasjonen tiltakshaver har fremlagt er tilstrekkelig for å ta en informert avgjørelse. Dette er en styrke etter begge regelverkene, som sikrer at verneverdiene blir belyst fra alle kanter. I tillegg kan kunnskapsinnhenting etter regelverkene kun suppleres, og ikke erstattes av andre utredninger som for eksempel etter konsekvensutredningsregelverket. Slik sikres det at verneverdiene står i fokus i spørsmål om dispensasjon til fordel for viktige samfunnsinteresser som kan gå på bekostning av vernet. Suppleringen sikrer samtidig at man til en viss grad etter begge regelverk kan effektivisere og være ressursbesparende i søknadsprosessen.

At man etter habitatdirektivet skal «obtain the opinion of the general public» der det er «appropriate», jf. art. 6 (3) siste setning, utgjør en sentral forskjell. Direktivet pålegger ingen høringsplikt, men i veilederen fremstår høring av dispensasjonssøknaden som normen.²²⁴ Etter naturmangfoldloven er det ingen krav om høring av dispensasjonssøknader. Offentlighet er likevel sikret gjennom Miljøvedtaksregisteret der alle vedtak etter § 48 (1) skal offentliggjøres. En vid klageadgang på vedtaket åpner også opp for at for eksempel naturvernorganisasjoners syn må tas i betraktning. Offentligheten sikres med det tilgang til dispensasjonsavgjørelsene etter begge regelverk.

4.4 Materielle vilkår

De materielle vilkårene står igjen som det som må oppfylles for at dispensasjon endelig kan gis. Overordnet fremstår de materielle vilkårene som like i begge regelverkene. Dispensasjon kan gis til fordel for en viktig samfunnsinteresse, det kan ikke eksistere åpenbare alternative løsninger som ikke påvirker verneområdet og økologisk kompensasjon kan spille inn i beslutningen. At forvaltningsmyndigheten har frihet til å avslå eller godkjenne en dispensasjonssøknad når vilkårene er oppfylt, gjelder som utgangspunkt i begge regelverkene.

²²⁴ EU-kommisjonens meddelelse (2018), s. 51.

Det sentrale vilkåret for dispensasjon etter regelverkene er om det skjer til fordel for «vesentlige samfunnsinteresser» og «overriding public interest». Hva som anses som en samfunnsinteresse synes å være likt etter regelverkene. Nasjonale prosjekter som skal oppfylle et samfunnsbehov som samferdselsårer og strømforsyningslinjer omfattes av vilkåret, mens interesser av privat, lokal og regional karakter sjeldent oppfyller vilkåret.²²⁵ EU-domstolen har imidlertid holdt muligheten åpen for at en privat interesse kan oppfylle vilkåret dersom tiltaket også oppfyller en viktig samfunnsinteresse.²²⁶ Dette finner vi ikke igjen i norsk rett. Utgangspunktet etter naturmangfoldloven er derfor at kun interesser av nasjonal betydning oppfyller vilkåret om «vesentlige samfunnsinteresser».

At samfunnsinteressen må være «vesentlig» eller «overriding» snevrer inn hvilke samfunnsinteresser det kan gis dispensasjon til fordel for. Terskelen for unntak fra vernet er høy etter både habitatdirektivet og naturmangfoldloven, og det er klart at de mer bagatellmessige interessene ikke omfattes. Etter EU-retten skal samfunnsinteressen veies opp mot påvirkningen på verneverdiene i en konkret vurdering. Det tilsvarer vurderingen etter naturmangfoldloven, der samfunnsinteressen må være så viktig at det rettferdiggjør en negativ påvirkning på verneverdiene.

Selve avveiningen av samfunnsinteressen opp mot vernet faller utenfor oppgavens omfang. En kommentar kan likevel knyttes til hvilke prosjekter som har blitt ansett som viktige nok etter regelverkene, uten at det forteller oss om terskelen for vesentlighetskravet er likt. Nasjonale samferdselsårer og nasjonale energiforsyningslinjer blir etter begge regelsett ansett som interesser som oppfyller vilkåret. Kommisjonen har foreslått at prosjekter til fornybar energi automatisk skal godkjennes som prosjekter som er «overriding public interest».²²⁷ Om et slikt prosjekt vil kunne oppfylle vilkårene etter norsk rett, er svært usikkert.

Etter habitatdirektivet er alternative løsninger et selvstendig vilkår i spørsmålet om dispensasjon. Dette utgjør en stor forskjell til norsk rett, der alternative løsninger er et av flere momenter i nødvendighetsvurderingen.²²⁸ Denne forskjellen gjør at det kanskje er lettere å se

²²⁵ Se omtale om «vesentlige samfunnsinteresser» i punkt 3.6.2 og «overriding public interest» i punkt 2.5.2.

²²⁶ Solvay C-182/10 avsnitt 77.

²²⁷ Se punkt 2.5.2.

²²⁸ Se punkt 3.6.3.2.

bort fra eller overse alternative løsninger etter norsk rett. At alternative løsninger likevel er en sentral del av nødvendighetsvurderingen bekreftes i Sjørdalen-saken.

Det er videre kun de realistiske eller gjennomførbare alternativene som skal vurderes etter EU-retten, og vilkåret praktiseres ikke så absolutt som ordlyden fremstår.²²⁹ Vurderingsmomentet om alternative løsninger etter norsk rett kan heller ikke forstås som så bastant som at dersom det eksisterer alternative løsninger, avskjærer det adgangen til dispensasjon. En kan anta, ut ifra et helhetlig bilde av kildene, at det er de realistiske alternativene som må vurderes. Det er domstolpraksis etter begge regelverk der en dispensasjon har vært ugyldig fordi alternative løsninger ikke var vurdert tilstrekkelig.²³⁰ Forskjellen mellom hvordan de to regelsettene regulerer kravet til vurdering av alternative løsninger utgjør kanskje ikke så stor forskjell som det kan virke på overflaten.

I spørsmålet om kompensasjonstiltak eller økologisk kompensasjon kan det også identifiseres noen forskjeller og ulikheter. Etter habitatdirektivet utgjør «compensatory measures» et selvstendig vilkår. Medlemsstaten har meldeplikt til Kommissjonen for hvilke kompensasjonstiltak som gjøres. Etter norsk rett er derimot kompensasjonstiltak et moment i «kan»-vurderingen hjemlet i § 48 (2). Som over, kan denne forskjellen i hvordan momentet er regulert gjøre at det etter norsk rett kan være lettere å overse eller ikke iverksette kompensasjonstiltak. At kompensasjonstiltak er nevnt som moment i § 48 andre ledd skal likevel motvirke dette. Prinsippet om at kostnaden hovedsakelig skal bæres av tiltakshaver, er også likt i begge vurderinger om kompensasjonstiltak. Kjernen etter de to bestemmelsene er den samme om at det skal redusere eller motvirke skader på verneområdet.²³¹ Det er med andre ord ikke gitt at de ulike tilnærmingene vil ha ulikt utslag i praksis.

4.5 Oppsummering

Begge regelverkene stiller strenge vilkår for dispensasjon fra verneformål. EU-retten har tydeligere formulerte vilkår, men vi finner i stor grad de samme eller delvis tilsvarende vilkår og vurderingsmomenter i norsk rett. Søknadsplikten omfatter stort sett de samme tiltakene eller aktivitetene. For å fatte en beslutning om dispensasjon, er et godt kunnskapsgrunnlag en

²²⁹ Se punkt 2.5.3.

²³⁰ Se Sjørdalen-saken LB-2014-40408 og *Commission v Portugal* C-239/04.

²³¹ Backer (2010), s. 413; Möckel (2017c), s. 112.

forutsetning. Den samfunnsinteressen som skal dispenseres for må være svært viktig og ikke kunne oppnås på andre åpenbare måter.

Man kan ikke konkludere på om en av dispensasjonsadgangene er strengere eller gir et bedre vern enn den andre i denne sammenlikningen. Gjennom sammenlikningen er det identifisert mange likhetstrekk mellom regelverkene, som i stor grad gjør at EU og Norge følger samme retningslinjer i spørsmålet om dispensasjon fra verneområde til fordel for viktige samfunnsinteresser som kan påvirke verneverdiene negativt.

5 Avsluttende betraktninger

I denne oppgaven har vi sett nærmere på hvordan etablerte verneområder forvaltes i møte med ny eller endret utnyttelse av arealet som begrunnes i viktige samfunnshensyn, men som vil påvirke et verneområde negativt. Gjennom sammenlikningen av EU-retten og norsk rett, ser vi at regelverkene legger opp til en dynamisk, men snever, forvaltning av områdevernet, der verneverdiene står sentralt. Selv om alle vilkår er oppfylt, har beslutningsorganet myndigheten til å avslå dispensasjonssøknaden.

Dersom dispensasjon gis, er det likevel klart at verneverdiene vil tape. For å bøte på dette oppstiller både EU-retten og norsk rett regler om kompensierende tiltak. Dette kan være å opprette et nytt verneområde. Risikoen er at dispensasjonstiltaket fremstår bedre enn det i realiteten er, fordi noe «nytt» tilføres. Som kompensasjonstiltak er vern av ny og urørt natur eller vern av områder som kunne blitt et verneområde på selvstendig grunnlag kanskje ikke godt nok for å gjøre opp for at viktige verneverdier går tapt. Et krav om restaurering av tilsvarende areal, naturtype eller verneverdier som går tapt, kan være en alternativ løsning som gjør at dispensasjonstiltaket tilbakefører tilsvarende tapte naturverdier. Samtidig kan man også hindre at staten misbruker kompensasjonsordninger for å oppfylle selvstendige forpliktelser om vern. Med naturrestaurering som kompensasjonskrav kan naturmangfoldet gå i pluss, selv om verneverdiene påvirkes negativt av dispensasjonstiltaket.

Etter norsk rett har det i flere runder blitt foreslått å endre dispensasjonspraksisen for «vesentlige samfunnsinteresser». Den mest diskuterte løsningen er at det bør kreves endring av verneforskriften dersom tiltaket ikke omfattes av de andre dispensasjonsadgangene i § 48.²³²

²³² Se for eksempel NOU 2004: 28 s. 382, Backer (1986), s. 237 og Holth & Winge AS (2023), s. 33.

Endringsforslaget til verneforskriften må sendes ut på høring og allmennheten får mulighet til å innvirke på beslutningen. Det er imidlertid usikkert om dette er en løsning som kan tjene naturvernet i det lange løp. Adgangen til å endre verneforskriften etter dagens regler er nok mye videre enn dispensasjonsadgangen. En annen løsning kan være at vedtak om områdevern fattes ved Stortingsvedtak. Forskriftsendring vil da kreve et nytt stortingsvedtak, og med det utløses trolig en større politisk debatt rundt saken. Til slutt kan det lages en særhjemmel som snevrer inn adgangen til å endre vernevedtakene. Samtidig kan disse endringene heve terskelen for å opprette nytt vern, fordi det blir vanskelig å tilpasse vernet til nye utfordringer. Alle disse løsningsalternativene krever også lovendring.

De ovennevnte løsningsalternativene kan bidra til å ytterligere sikre områdevernet, men løser ikke fullt ut problemet. Det vi vet er at avveiningen mellom eksisterende vern og viktige samfunnsbehov alltid vil være krevende.

Litteraturliste

Norske lover

Lov 1. desember 1954 nr. 2 om naturvern (Naturvernloven).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven).

Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern (Naturvernloven).

Lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone
(Territorialfarvannsloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (Akvakulturloven).

Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltningen av villlevande marine ressursar (Havressurslova).

Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (Naturmangfoldloven).

Norske forskrifter

Forskrift 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen (Vannforskriften).

Forskrift 22. januar 2016 nr. 47 om vern av Åkersvika naturreservat, Hamar og Stange
kommuner, Hedmark.

Forskrift av 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger.

Forskrift 12. januar 2021 nr. 82 om delegering av myndighet etter naturmangfoldloven fra
Klima- og miljødepartementet til Miljødirektoratet.

Forskrift av 20. juni 2023 nr. 1068 om endring av forskrift om fredning av Lågendeltaet
naturreservat, Lillehammer kommune, Oppland.

Forskrift 14. juni 2013 nr. 643 om miljøvedtaksregisteret.

Norske lovforarbeider og høringsbrev

NOU 2004: 28 om Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven).

NOU 2023: 25 om Omstilling til lavutslipp: Veivalg for klimapolitikken mot 2050.

Ot.prp. nr. 34 (1953) om Lov om Naturvern.

Ot.prp. nr. 65 (1968-2969) om Lov om Naturvern.

Ot.prp. nr 52 (2008-2009) om lov om forvaltning av naturmangfoldet (Naturmangfoldloven).

Miljødirektoratet, Høringsnotat om forbud mot nedbygging av myr, den 4. desember 2023.

EU-direktiver

Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2011/92/EU av 13. desember 2011 om vurderingen av visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger.

Rådets direktiv nr. 92/43/EEC av 21. mai 1992 om bevaring av naturtyper samt ville dyr og planter.

Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/147/EC av 30. november 2009 om beskyttelse av ville fugler.

Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2000/60/EF av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for fellesskapstiltak for vannpolitikk.

Konvensjoner og FN-resolusjoner

Convention on wetlands of international importance especially as waterfowl habitat, Ramsar, 02. februar 1971. (Våtmarkskonvensjonen).

Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, Århus, 25. juni 1998. (Århuskonvensjonen).

Treaty on the Functioning of The European Union, OJ C 202, 7. juni 2016 (TFEU)

Decision adopted by the conference of the parties to the convention on biological diversity,
15/4. Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, 19. desember 2022.
(Naturavtalen).

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning)

LB-2014-40427 (Sørdalen-saken)

EU-domstolens avgjørelser og advokatgeneralens forslag til avgjørelser

Dom av 6. april 2000 [C3], Commission of the European Communities v French Republic,
C-256/98, ECLI:EU:C:2000:192

Dom av 7. september 2004 [GC], Waddenzee, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482

Dom av 26. oktober 2006 [C5] Commission v Portugal, C-239/04, ECLI:EU:C:2006:665

Dom av 13. desember 2007 [C5], Commission of the European Communities v Ireland,
C-418/04, ECLI:EU:C:2007:780

Dom av 14. januar 2010 [C5], Stadt Papenburg v Bundesrepublik Deutschland, C-226/08,
ECLI:EU:C:2010:10

Dom av 4. mars 2010 [C5], Commission of the European Communities v French Republic,
C-241/08, ECLI:EU:C:2010:114

Dom av 16. februar 2012 [C5], Solvay and Others v Région wallonne, C-182/10,
ECLI:EU:C:2012:82

Dom av 14. januar 2016 [C3], Grüne Liga Sachsen and Others v Freistaat Sachsen, C-399/14,
ECLI:EU:C:2016:10

Dom av 21. juli 2016 [C3], Hilde Orleans and Others v Vlaams Gewest, in Joined cases C-387/15 and 388/15, ECLI:EU:C:2016:583

Dom av 8. november 2016 [GC], Lesoochránárske zoskupenie VLK v Obvodný úrad Trenčín, C-243/15, ECLI:EU:C:2016:838

Dom av 17. april 2018 [GC], Commission of the European Communities v Republic of Poland, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255

Advokatgeneral Fennelly sitt forslag til avgjørelse i sak C-256/98, fremsatt 16. september 1999, ECLI:EU:C:1999:427

Norsk forvaltningspraksis, rundskriv og vedtak

Kongelig resolusjon 20. juni 2023 om Fastsetting av forskrift om endring av forskrift 12. oktober 1990 nr. 827 om fredning av Lågendelta naturreservat, fastsettelse av forskrift om vern av Rykkhustjønni naturreservat.

Rundskriv M106-2014. Rundskriv om forvaltning av verneforskrifter. Miljødirektoratet (2014).

Rundskriv T-2015-2. Saksbehandlingsreglene ved områdevern etter naturmangfoldloven (§§ 41-43). Klima- og miljødepartementet (2015).

Vedtak fra Miljødirektoratet 19. desember 2022 om Vedtak i klagesak om framføring av ny E6 på bru gjennom Lågendeltaet naturreservat.

EU-kommisjonens meddelelser og EU-veiledere

COM (2022) 591 (final) Proposal for a Council Regulation laying down a framework to accelerate the deployment of renewable energy av 9. november 2022.

EU-kommisjonens meddelelse, 2018/C «Managing Natura 2000 sites: The provisions of Article 6 of the «Habitats» Directive 92/43/EEC», 21. november 2018, C(2018) 7621 final.

EU-kommisjonens meddelelse, 2021/C «Assessment of plans and projects in relation to Natura 2000 sites – Methodological guidance on Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive 92/43/EEC», 28. september 2021, C(2021) 6913 final.

Guidance document nr. 36, «Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7)», endorsed by EU Water Directors at their meeting in Tallinn on 4-5 December 2017. Tilgjengelig på: https://circabc.europa.eu/sd/a/e0352ec3-9f3b-4d91-bdbb-939185be3e89/CIS_Guidance_Article_4_7_FINAL.PDF

Bøker

Backer, Inge Lorange. *Naturvern og naturinngrep: forvaltningsrettslige styringsmidler*. Universitetsforlaget 1986.

Backer, Inge Lorange. *Naturmangfoldloven: lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold: kommentarutgave*. Universitetsforlaget 2010.

Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære*. 3. utg., Universitetsforlaget 2021.

Ebbesson, Jonas. *Miljørätt*, 4. utg., iUSTUS 2021.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018.

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*. 4. utg., Fagbokforlaget 2022.

Winge, Nikolai K. *Kampen om arealene: rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning*. Universitetsforlaget 2013.

Artikler

Bernt, Jan Fridthjof. «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*. Fagbokforlaget 2015.

- Holth, Fredrik og Winge, Nikolai K., «Det rettslige rammeverket» i *Konsekvensutredninger: Rettsregler, praksis og samfunnsvirkninger*, Fredrik Holth og Nikolai K Winge (red.), Universitetsforlaget 2014, s. 19-53.
- Krämer, Ludwig, «The European Commission's Opinions under Article 6 (4) of the Habitats Directive» *Journal of Environmental Law* 21, nr. 1 2009, s. 59-85.
- Michaels, Ralf, «The Functional Method of Comparative Law» i *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann og Reinhard Zimmermann (red.), Oxford University Press 2006, s. 339-382.
- Möckel, Stefan, «The European ecological network «Natura 2000» and the appropriate assessment for projects and plans under Article 6 (3) of the Habitats Directive» *Nature Conservation* 23: 2017a, s. 1-29.
- Möckel, Stefan, «The terms «project» and «plan» in the Natura 2000 appropriate assessment» *Nature Conservation* 23: 2017b, s. 31-56.
- Möckel, Stefan, «The European ecological network Natura 2000 and its derogation procedures to ensure compatibility with competing public interests» *Nature Conservation* 23: 2017c, s. 87-116.
- Owen, Robbie, «European Nature Conservation Sites and the Appropriate Assessment of Plans and Projects» *Journal of Planning & Environment Law: occasional papers* 2007, s. 10-104.
- Saglie, Inger-Lise og Thorén, Kine Halvorsen, «Perspektiv og kunnskapsproduksjon: Eksempel fra konsekvensutredninger om naturmangfold» i *Konsekvensutredninger: Rettsregler, praksis og samfunnsvirkninger*, Fredrik Holth og Nikolai K Winge (red.), Universitetsforlaget 2014, s. 165-183.
- Sejersted, Fredrik. «Del I Bakgrunn og hovedtrekk» i *EØS-rett*, Arnesen, Finn, Foyn, Sten, Kolstad, Olav, Rognstad, Ole-Andreas og Sejersted, Fredrik. 3. utg., Universitetsforlaget 2004.

Rapporter

Eskeland Schütz, Sigrid, og Johansen, Elise. (mars, 2023) Faglig grunnlag for overordnede prinsipper for arealbruk til havs. Universitetet i Bergen. Tilgjengelig på:
<https://bora.uib.no/boraxmlui/bitstream/handle/11250/3062756/Rapport%2BArealbruk%20sprinsipp%2B17.03%2B2023.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hagen, D., Skrindo, A.B., Evju, M., Nybø, S., Simensen, T. og Kolstad, A.L. (februar, 2022). Nye virkemidler i arealforvaltningen – naturrestaurering, arealregnskap og naturavgift. NINA Rapport 2097. Norsk institutt for naturforskning.

Holth & Winge AS. (juni, 2023). Naturavtalens betydning for norsk rett. En juridisk utredning på oppdrag fra WWF Verdens naturfond, Birdlife Norge, Forum for utvikling og miljø, Fremtiden i våre hender, Naturvernforbundet, Sabima og Spire. Tilgjengelig på:
<https://www.holthogwinge.no/wp-content/uploads/sites/2/2023/06/juridisk-utredning-naturavtalen-holth-winge.pdf>

Pressemeldinger og annet

Atle Andersson, «Dommen i Førdefjorden-sak utsatt til januar», Bergens Tidende, 20. november 2023. <https://www.bt.no/nyheter/direkte/i/Ga1Xa6/naeringslivet-direkte?pinnedEntry=269335> (lest 21. november 2023)

Brygfeld, Mari Kjellevold og Larsen, Tine, Lovkommentarer til Naturmangfoldloven, Karnov, 26. august 2022.

EU-kommisjonen, Pressemelding 9. November 2022 om REPowerEU Commission steps up green transition away from Russian gas by accelerating renewables permitting. Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_6657 (lest 01. mai 2023)

Klima- og miljødepartementet, Nærings- og fiskeridepartementet og Utenriksdepartementet, Pressemelding 27. juni 2022 om Vil innføre tiltak for å sikre bærekraftige hav, Klima- og miljødepartementet, Tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-innfore-tiltak-for-a-sikre-barekraftige-hav/id2921151/> (lest 01. september 2023)

Klima- og miljødepartementet, Pressemelding 06. februar 2023 om Regjeringen starter arbeidet med nasjonal handlingsplan for natur, Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-starter-arbeidet-med-nasjonal-handlingsplan-for-natur/id2962229/> (lest 24. september 2023)

Statsministerens kontor, Pressekonferanse/Tale 29. juni 2023 om Statsministerens innledning på halvårlig oppsummerende pressekonferanse, Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/statsministerens-innledning-pa-halvarlig-oppsummerende-pressekonferanse/id2987410/> (lest 01. september 2023)