



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Forvaltningspraksis ved vindkraftutbygging på reinbeiteområder

Eksemplifisert ved utbyggingen av Storheia vindkraftverk på Fosen i Åfjord kommune

Sigrid Haanes Marton

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema	1
1.2	Avgrensing.....	2
1.3	Aktualitet	3
1.4	Metode	4
1.5	Videre framstilling av avhandlingen	5
2	Forvaltningsprosessen ved vindkraftutbygging på reinbeiteområder	6
2.1	Generelt om konsesjonsprosesser	6
2.2	Konsesjonsregler for utbygging på reinbeiteområder	9
2.2.1	Utredning.....	9
2.2.2	Innsigelsesrett og klagerett.....	11
2.2.3	Konsultasjon.....	12
2.3	Ekspropriasjon	14
2.4	Samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprierte	15
2.5	Sentrale regelsett som verner om samiske interesser	16
2.5.1	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27.....	17
2.5.2	Reindriftsloven	21
3	Konsekvensutredningene i tilknytning Storheia vindkraftverk.....	23
3.1	NVEs krav til konsekvensutredningen for reindrift	23
3.2	Konsekvensutredningene i forkant av NVEs konsesjonsvedtak	23
3.2.1	Hovedutredning	23
3.2.2	Tilleggsutredning	24
3.2.3	Hva kan begrunne forskjellen på utredningene fra 2008 til 2009?	26
3.2.4	Tiltakshaver hyrer utreder, hvilken betydning kan det ha?	27
4	Tildeling av konsesjon til Storheia vindkraftverk	29
4.1	NVEs konsesjonsvedtak	29

4.1.1	NVEs vurdering av konsekvensutredningene	29
4.1.2	NVEs vurdering av om konsesjon til Storheia vindkraftverk medførte et konvensjonsbrudd.....	31
4.2	Konsesjonsvedtaket blir påklaget	32
4.3	OEDs vurdering av klagen på konsesjonsvedtaket.....	33
4.3.1	OEDs vurdering av konsekvensutredningene	33
4.3.2	OEDs vurdering av om konsesjon til Storheia vindkraftverk medførte et konvensjonsbrudd.....	34
4.4	Oppsummering	35
5	Sammenligning av forvaltningspraksis- Fálesrásša- og Kalvvatnan vindkraftverk.....	35
5.1	Fálesrásša.....	35
5.2	Kalvvatnan.....	36
5.3	Sammenligning av bruk av forskning vedrørende utbygging og reindrift	37
5.4	Sammenligning av vurderingene av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27	39
6	Den videre forvaltningsprosessen ved vindkraftutbyggingen på Storheia.....	40
6.1	Ekspropriasjon for vindkraftutbygging på Storheia	40
6.2	Samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprierte	41
6.2.1	OEDs vedtak om forhåndstiltredelse.....	41
6.2.2	Rettslig prøving av forhåndstiltredelsen	42
6.2.3	FNs rasediskrimineringskomité ber Norge stanse utbyggingen.....	43
6.3	Økt installert effekt.....	44
6.4	Miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) og detaljplan	46
6.5	Oppsummering	46
7	Lagmannsrettens avgjørelse i Storheia-saken	46
7.1	Kort om domstolsprosessen i Storheia-saken.....	46
7.2	Lagmannsrettens vurdering av om vindkraftverket på Storheia medførte et konvensjonsbrudd.....	47

7.3	Hva skiller forvaltningens vurdering fra lagmannsrettens?.....	49
7.4	Hadde det betydning at vindkraftverket allerede var bygd ved vurderingen av om det forelå et konvensjonsbrudd?.....	50
8	Stortingsmeldingen sett i lys av forvaltningsprosessen ved vindkraftutbyggingen på Storheia.....	51
8.1	De foreslåtte endringene i konsesjonsreglene som påvirker reindrift	51
8.2	Ville forvaltningsprosessen blitt annerledes dersom de foreslåtte endringene i konsesjonsreglene ble anvendt?	52
9	Avsluttende bemerkninger	54
	Referanseliste	56
	Lover og forskrifter	56
	Forarbeider	56
	Internasjonale rettskilder	57
	Rettspraksis	59
	Forvaltningspraksis	60
	Litteratur.....	62
	Nettdokumenter.....	63

1 Innledning

1.1 Tema

Avhandlingen søker å belyse forvaltningsprosessen ved vindkraftutbygging på reinbeiteområder. Formålet med avhandlingen er å analysere hvordan forvaltningen ivaretar samiske rettigheter under konsesjonsprosessen og synliggjøre i hvilken grad disse blir ivaretatt.

Avhandlingen løses ved å analysere prosessen i én enkelt sak fra det ble søkt om konsesjon, til ferdigstilling av vindkraftverket. Jeg har i den sammenheng valgt Storheia vindkraftverk på Fosen i Åfjord kommune i Trøndelag,¹ ettersom vindkraftutbyggingen på Storheia kommer i konflikt med samisk reindrift.

Det ble søkt om konsesjon til Storheia vindkraftverk i 2008, tildelt konsesjon i 2010 og først i 2020 sto vindkraftverket ferdigstilt. Storheia vindkraftverk ble bygget på et område som før utbyggingen ble anvendt som reinbeiteområde av en sørsamisk siida, Sørgruppen. En siida er en gruppe av reieiere som utøver reindrift i fellesskap på bestemte arealer.² Området som Storheia vindkraftverk er bygd på er et av tre viktige vinterbeiter for Sørgruppen og befinner seg i det eneste vinterbeite hvor reinen trekker til av seg selv. Planområdet for vindkraftutbyggingen på Storheia består i hovedsak av gode beiteområder.³

Etter Grunnloven⁴ (Grl.) § 108 har myndighetene et ansvar for å ivareta samisk kultur, hvor samisk reindrift inngår. Norge har, ved å inkorporere FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter⁵ artikkel 27 (heretter SP art. 27), forpliktet seg til å verne samisk kultur. Også ILO-konvensjonen nr. 169,⁶ rasediskrimineringskonvensjonen⁷ og FNs urfolkserklæring⁸ er sentrale regelsett staten har bundet seg til. Det følger av reindriften § 1 at «[r]eindriften

¹ Heretter omtalt som Storheia vindkraftverk eller Storheia-saken

² Lov 05. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriften) § 51 første ledd første setning

³ Statkraft, Storheia Vindpark – Åfjord kommune og Bjugn kommune – konsesjonssøknad og forslag til reguleringsplan (2008) s. 58

⁴ Lov 17 mai 1814 Norges Grundlov (Grunnloven-Grl.)

⁵ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966 gjennomført i norsk rett ved menneskerettsloven § 2, med forrang foran annen lovgivning ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3

⁶ ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO nr. 169)

⁷ Internasjonal konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (rasediskrimineringskonvensjon)

⁸ FNs urfolkserklæring ble vedtatt i FNs generalforsamling 13. september 2007

skal bevares som et viktig grunnlag for samisk kultur og samfunnsliv.» Det er derfor på det rene at staten har forpliktet seg til å verne om samiske interesser.

1.2 Avgrensing

Norges vassdrags- og energidirektorat (heretter NVE) fattet i 2010 konsesjonsvedtak for fire vindkraftverk på Fosen; Storheia, Roan, Sørmarkfjellet og Kvenndalsfjellet. Disse vindkraftverkene påvirker to ulike siidaer, Sørgruppen og Nordgruppen. Jeg vil kun ta for meg forvaltningsprosessen vedrørende Storheia, ettersom Storheia vindkraftverk kommer i konflikt med et viktig vinterbeite og det vil være hensiktsmessig å kun ta for seg et område på grunn av avhandlingens omfang. Avhandlingen vil dermed ta for seg i hvilken grad Sørgruppens rettigheter er ivaretatt.

Saken på Storheia gjelder både utbygging av vindkraftverk og kraftledninger. Det vil ikke redegjøres for forvaltningsprosessen vedrørende kraftledningene.

Det avgrenses mot å behandle andre interesser som berøres av vindkraftverket enn reindrift, som blant annet naturmangfold, friluftsliv og turisme.

Det er antatt at SP art. 27 er det regelsettet som gir samer best vern og påberopes derfor ofte i saker om reindrift.⁹ Avhandlingen vil i hovedsak ta for seg hvordan SP art. 27 er vurdert i forvaltningsprosessen og andre regelsett som verner om samiske interesser vil ikke drøftes inngående.

Ekspropriasjonserstatning er en sentral del ved ekspropriasjon, men denne tematikken vil ikke behandles i avhandlingen. Utmålingen av ekspropriasjonserstatning fastsettes av skjønnsretten i etterkant av et ekspropriasjonsvedtak og er ikke en del av forvaltningsprosessen.

Begrepene forvaltningsprosess og konsesjonsprosess omfatter begge prosesser gjennom vedtak, andre beslutninger og vurderinger foretatt av forvaltningen. Begrepet konsesjonsprosess er imidlertid noe snevrere ettersom begrepet kun rammer den praksis som knytter seg til konsesjonsreglene, mens forvaltningsprosess favner all praksis foretatt av forvaltningen. Avhandlingen gjelder i hovedsak konsesjonsprosess og begrepene er sammenfallende og vil brukes om hverandre i denne avhandlingen.

⁹ Se punkt 2.5.1

1.3 Aktualitet

I møte med det grønne skiftet er det viktig med fornybar energi, og det blir hevdet at vindkraft vil være sentral for oppnåelsen av Norges fornybare ambisjoner.¹⁰ Utbygging av vindkraftverk er derfor viktig på grunn av hensynet til miljø og bærekraft.

Utbygging av vindkraftverk påvirker imidlertid naturen på utbyggingsområdet negativt, da vindkraftverkene normalt bygges på fjellet hvor det er god tilgang på vind. Reindrift er en arealkrevende næring og de samiske reinbeiteområdene utgjør i dag rundt 40 % av Norges areal.¹¹ Hele arealet er imidlertid ikke anvendelig for reindrift.¹² Reindriften § 19 fastslår at retten til å utøve reindrift gir rett til å la reinen beite i fjellet og annen utmarksstrekning. Av den grunn vil reindriftnæringen ofte komme i konflikt med vindkraftutbygging.

Det er litt mer enn 3000 mennesker som driver med samisk reindrift i Norge.¹³ Dette innebærer at reindriftssamene kun utgjør 0,05 % av Norges befolkning og er således en minoritet i Norge, som tilsier at de behøver et vern i vindkraftsaker. Rundt 800 mennesker driver med samisk reindrift utenfor Finnmark. Reindriften er en bærebjelke for den sørsamiske kulturen og påvirker ikke bare reindriftssamene, men sørsamer som sådan.¹⁴ Sørsamer er bosatt i Midt-Norge, fra Saltfjellet i nord til Engerdal kommune i Innlandet i sør.¹⁵ Skogvang fremhever at bakgrunnen for samers særrettigheter, er å oppnå en reell likebehandling.¹⁶ Ettersom det er så store forskjeller mellom partene, samer som en minoritet på den ene siden og de store vindkraftselskapene på den andre, må lovgivningen anvendes slik at partene blir stilt likt. Videre er den sørsamiske kulturen særlig truet¹⁷ og er en minoritet innenfor det samiske¹⁸, som tilsier at de behøver et enda sterkere vern.

I juni 2020 kom det en stortingsmelding med forslag om endringer i konsesjonsbehandlingen for vindkraft på land.¹⁹ Forslaget om endring av konsesjonsreglene kom på bakgrunn av flere

¹⁰ Uttalt blant annet i vedtak av OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013)

¹¹ <https://www.regjeringen.no/no/tema/mat-fiske-og-landbruk/reindrift/reindrift/id2339774/>

¹² Nærmere redegjort for i Bull (2020) s. 38

¹³ <https://www.regjeringen.no/no/tema/mat-fiske-og-landbruk/reindrift/reindrift/id2339774/>

¹⁴ Dette fremmes som et viktig hensyn i hvorvidt vindkraftutbygging skulle tillates på Kalvvatnan, se OED, Fred Olsen Renewable AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner – klagesak (2016) s. 12-13

¹⁵ Skogvang (2017) s. 19

¹⁶ Ibid. s. 24

¹⁷ <http://www.unesco.org/languagesatlas/index.php?hl=en&page=atlasmap&lid=414>

¹⁸ Johansen (2006) s. 60

¹⁹ Meld St. 28 (2019-2020)

innsigelser på dagens system og det foreligger et behov for endring. På bakgrunn av dette er det interessant å vurdere hvordan dagens konsesjonssystem fungerer. I dag føres det flere saker for norske domstoler om lovligheten av konsesjonsvedtak på reinbeiteområder, eksempelvis i sakene om Øyfjellet og Storheia vindkraftverk.

Storheia-saken har i etterkant av forvaltningsprosessen vært behandlet i både tingretten og lagmannsretten og skal behandles av Høyesterett i storkammer.²⁰ Både tingretten og lagmannsretten kom til at konsesjonstillatelsen til å drive vindkraftverk på Storheia var gyldig. Storheia-saken reiser flere prinsipielt viktige spørsmål, deriblant terskelen for brudd på SP art. 27, som vil behandles i kapittel 7.

I etterkant av konsesjonstildeling til Storheia vindkraftverk, som ledd i en utredning av konsekvensene for reindriften på Storheia, ble det foretatt syv intervjuer med reindriftsutøvere som har fått sine beiteområder påvirket av vindkraftverk. Generelt konkluderer de alle med at vindkraftverk har store negative konsekvenser for reindriften, ved at reinen unnviker vindkraftverkene. I to av områdene ble beitet tapt som følge av vindkraftutbyggingen.²¹ Konsekvensene for reindrift fremstår dermed som større enn hva som ble lagt til grunn av forvaltningen i forkant av vindkraftutbyggingene. Denne kunnskapen er derfor viktig å ta med seg for framtidige konsesjonsprosesser som gjelder vindkraftverk på reinbeiteområder. Det vil derfor også være nyttig å gjennomgå tidligere forvaltningspraksis, for å analysere hvordan samiske rettigheter ble ivaretatt.

1.4 Metode

Avhandlingen vil ta for seg sentral lovgivning, forarbeider, praksis både fra norske domstoler og FNs menneskerettighetskomité, juridisk teori og i hovedsak forvaltningspraksis.

Energiloven er utgangspunktet for konsesjonsprosessen. Hovedfokuset i oppgaven ligger imidlertid på SP art. 27 og hvordan den ivaretas i konsesjonsprosessen. Dette vil undersøkes ved å analysere forvaltningspraksis, slik at masteravhandlingen dreier seg i stor grad om å analysere forvaltningspraksis. I den sammenheng har jeg lest mange vedtak, utredninger og

²⁰ Berammet til 25.08.2021

²¹ Nellemann, Utbygging av vindkraft i Fovsen-Njaarke/Fosen reinbeitedistrikt: Konsekvenser for reindriften i Sørgruppen (2017), s. 45-74. Nellemann foretok syv intervjuer med reindriftsutøvere på områder med vindkraftutbygging. Det ble foretatt intervju fra reinbeitedistriktene; Bessaker 25 vindmøller, Rakkocearru 15 vindmøller, Kjøllefjord 17 vindmøller, Fakken 10 vindmøller, Ytre Vinka 17 vindmøller, Vikna 6 vindmøller, Hundhammerfjellet 12 vindmøller og Nygårdsfjell 14 vindmøller. Til sammenligning har Storheia 80 vindmøller

brev i tilknytning konsesjonsprosessen. Mesteparten av disse har vært lagt ut på NVEs side om konsesjon til Storheia vindkraftverk og noe har blitt tilsendt fra NVE.

I teorien fremholdes det at forvaltningen ved sine vedtak ikke kan fastsette hva som er gjeldende rett og derfor har ikke «vedtak og uttalelser fra forvaltningen (...) noen selvstendig rettsnormerende kraft.»²² Dette betyr at forvaltningsvedtak ikke har en høy rettskildemessig vekt. Det eksisterer få rettsavgjørelser om vindkraftutbygging på reinbeiteområder. Ettersom det er få rettsavgjørelser, vil forvaltningspraksis undersøkes for å se hvordan forvaltningen oppfatter rettstilstanden. Forvaltningspraksis er dermed en sentral rettskilde i avhandlingen.

Menneskerettighetskomitéen har kommet med flere uttalelser vedrørende forståelsen av SP art. 27 og brukes dermed i oppgaven for å kartlegge det rettslige innholdet av SP art. 27. I norsk rett har «konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité (...) betydelig vekt som rettskilde», jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81.²³ Menneskerettighetskomitéens uttalelser tillegges derfor stor vekt i avhandlingen.

1.5 Videre framstilling av avhandlingen

For å besvare avhandlings hovedproblemstilling, er det nødvendig å først gi en innføring i konsesjonsprosessen. Dette gjøres i kapittel 2. Deretter er det nødvendig å gjennomgå konsekvensutredningene som ble foretatt i tilknytning vindkraftutbyggingen på Storheia, som gjøres i kapittel 3.

NVEs konsesjonsvedtak og Olje- og energidepartementets (heretter departementet eller OED) klagevedtak på tildeling av konsesjon vil gjennomgås og analyseres i kapittel 4. Denne delen er kjernen av oppgaven, da SP art. 27 er en viktig skranke for hvorvidt vindkraftutbygging skal tillates og det er derfor viktig å grundig analysere denne delen av prosessen.

I to tilfeller har OED omgjort NVEs konsesjonsvedtak, slik at konsesjon ikke ble gitt. Dette gjelder for sakene om Kalvvatnan vindkraftverk og Fálesrášša vindkraftverk. OEDs vedtak i disse to nevnte sakene vil gjennomgås i kapittel 5 og sammenlignes med konsesjonsprosessen for Storheia vindkraftverk. Ved å sammenligne flere forvaltningsprosesser kan man få et videre innblikk i forvaltningens ivaretagelse av samiske rettigheter og se om forvaltningens

²² Skoghøy (2018) s. 233, med videre henvisning til HR-2017-2248-A avsnitt 32

²³ For en utførlig drøftelse av menneskerettighetskomitéens vekt i norsk rett, se Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 73-81

vurderingstema endrer seg med tiden. Fálesrášša og Kalvvatnan vindkraftverk kommer i tid etter Storheia vindkraftverk.

I kapittel 6 vil det redegjøres for den videre forvaltningsprosessen ved vindkraftutbyggingen på Storheia. Dette gjelder vedtak om ekspropriasjon, samtykke til forhåndstiltredelse, vedtak om økt installert effekt, godkjenning av miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) og detaljplan. Det er sentralt å vurdere hvordan samiske rettigheter ivaretas gjennom hele forvaltningsprosessen, også etter at det er gitt konsesjonstillatelse.

I kapittel 7 vil domstolsbehandlingen i lagmannsretten sammenlignes med forvaltningens vurderinger. Ved å foreta en slik sammenligning vil ulikheter i vurderingene analyseres. Kapittel 8 vil ta for seg stortingsmeldingen vedrørende endringer i konsesjonsprosessen for vindkraft på land. Formålet med denne framstillingen er å vurdere de framlagte endringene opp mot konsesjonsbehandlingen ved Storheia vindkraftverk. Det sentrale spørsmålet er hvorvidt de foreslåtte endringene i konsesjonsreglene vil styrke ivaretagelse av samisk reindrift, når det skal gis konsesjon til vindkraft. Jeg vil komme med noen avsluttende bemerkninger i kapittel 9.

2 Forvaltningsprosessen ved vindkraftutbygging på reinbeiteområder

2.1 Generelt om konsesjonsprosesser

En konsesjon er en tillatelse fra et offentlig organ, for å kunne gjennomføre et tiltak. Tillatelse for å drive et vindkraftverk gis av NVE. Konsesjonsprosessen reguleres av energiloven²⁴, men ble tidligere regulert av plan- og bygningsloven av 1985.²⁵ Plan- og bygningsloven av 2008²⁶ (pbl.) medførte en endring for anlegg av produksjon og overføring av elektrisk energi. Blant annet at utbygging av vindkraftverk er unntatt kommunal byggesaksbehandling.²⁷ En grunn til endringen var utfordringene ved å få en god samordning mellom behandling etter pbl. og konsesjonsbehandlingen.²⁸

²⁴ Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) av 29. juni 1990 nr. 50

²⁵ Plan- og bygningslov av 14. juni 1985 nr. 77

²⁶ Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven-pbl.) av 27. juni 2008 nr. 71

²⁷ Pbl. § 6-4 tredje ledd

²⁸ Miljøverndepartementets temaveileder av 10.12.2009

Det følger av energiloven § 3-1 første ledd at det kreves konsesjon for å bygge, eie og drive et vindkraftverk. Energilovens regler om konsesjonsprosess skal sikre en statlig kontroll av vindkraftutbygging og sørge for at berørte interesser som samisk reindrift ivaretas og at Norge får den energiforsyning som behøves.

Forvaltningsprosesser reguleres av forvaltningsloven (fvl.), såfremt ikke annet følger av annen lov jf. fvl. § 1.²⁹ Dette betyr at fvl. gjelder ved konsesjonsbehandling, så langt ikke annet følger av energiloven eller andre lovregler på område.

Det er fremdeles noen regler i pbl. som gjelder ved konsesjonsbehandlingen, blant annet reglene om konsekvensutredning og innsigelsesrett, som det vil bli redegjort for i det følgende. Dette innebærer at NVE under hele konsesjonsprosessen må overholde reglene i fvl., energiloven og pbl.

Energiloven er imidlertid det mest sentrale lovverket for konsesjonsprosessen. Det følger av energiloven § 1-2 at lovens formål er å:

«sikre at produksjon (...) av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt.»

Ordlyden til «allmenne og private interesser» er vid og angir et vidt spekter av relevante interesser som må ivaretas i en konsesjonsbehandling. Kultur og naturvern anses etter forarbeidene å inngå i begrepet «allmenne interesser.»³⁰ Dette tilsier at samisk kultur er en relevant interesse som må bevares ved konsesjonstildeling. Basert på formålet til energiloven, om at den skal «sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt», så skal det foretas en vurdering av fordeler og ulemper opp mot hverandre. Forvaltningen må med dette på vanlig måte foreta en vurdering av fordeler og ulemper ved konsesjonstildeling og formålsbestemmelsen legger føringer for forvaltningens vurderinger i hvorvidt det skal gis konsesjon.³¹ Når produksjon av energi berører samiske forhold, så skal følgelig de rettigheter som verner om utøvelse av samiske interesser, hensyntas.

²⁹ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven-fvl.) av 10. februar 1967

³⁰ Ot.prp.nr. 43 (1989-1990) side 84, jf. Ot.prp.nr.56 (2000-2001) side 13

³¹ Se Winge (2013) s. 180-198 for en utførlig redegjørelse

Det er konsesjonspliktig å bygge, drive og eie vindkraftverk, såfremt det overstiger den grensen som departementet med forskrift har fastsatt.³² Det fremgår av energilovforskriften § 3-1 første ledd at alle elektriske anlegg med spenning over 1000 volt vekselstrøm/1500 volt likestrøm er konsesjonspliktig. Dette medfører at de fleste vindkraftverk krever konsesjon etter energilovens regler.

Før konsesjon gis, må det foreligge grundige utredninger, se fvl. § 17 blant annet i form av konsekvensutredninger, høring av søknad, eventuelle innsigelser og konsultasjoner.³³ I etterkant av konsesjonsvedtaket er det adgang til eventuell klagegang. Disse reglene vil gjennomgås i neste underkapittel, med sikte på å belyse de regler som gjelder særskilt for vindkraftutbygging på reinbeiteområder.

Dersom det foretas endringer i forhold som er spesifisert i konsesjonen, er disse konsesjonspliktige, som eksempelvis endring i samlet installert effekt.

Det følger imidlertid av energiloven § 2-1 at utleggelse og kunngjøring kan unnlates når det finnes ubetenkelig, jf. femte og syvende ledd. Dette tilsier at det kan være tale om en begrenset høring av konsesjonsendringene.

Vindkraftverk på over 10 MW krever konsekvensutredning, dette følger av konsekvensutredningsforskriften (KUF) § 6 første ledd bokstav c, jf. vedlegg 1 nr. 28. Det fremgår av vedlegg 1 nr. 30 at ved utvidelser utover dette skal det også foreligge konsekvensutredning.

Deretter må det fastsettes detaljplan og miljø-, transport- og anleggsplan (heretter MTA-plan). Dette er fasen hvor forhold ved utbyggingen klargjøres ytterligere. NVE har egne retningslinjer for hva som skal inngå i MTA-plan, samt kan det fremkomme vilkår i konsesjonsvedtaket som tiltakshaver også må ha med.

³² Energiloven § 3-1 første ledd jf. annet ledd

³³ Pbl. kapittel 14 og Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften-KUF), energiloven § 2-1 syvende ledd og punkt 2.2.3

2.2 Konesjonsregler for utbygging på reinbeiteområder

2.2.1 Utredning

Det fremgår av fvl. § 17 at «forvaltningsorganet» skal påse at saken er «så godt opplyst som mulig» før vedtak treffes. Bestemmelsen stadfester at det er viktig at forvaltningssaker er godt opplyst før det treffes en avgjørelse. I konsesjonssaker for vindkraft er det enten NVE eller OED som er forvaltningsorganet og de organer som har ansvar for å påse at saken er godt nok utredet. Ordlyden «så godt opplyst som mulig» tilsier at det er en høy terskel for når en sak er godt nok opplyst. Ordlyden «som mulig» gir imidlertid anvisning på en forholdsmessighetsvurdering. Dette tolkes dithen at det ikke kan kreves utredet mer enn hva som er praktisk mulig.³⁴ I vurderingen av om en sak er godt nok utredet, vil «utredningskravet i utbyggingssaker skjerpes i takt med omfanget og karakteren av potensielle skadevirkninger.»³⁵ Det er med dette to motstridende hensyn som skal avveies i vurderingen av om en sak er godt nok opplyst, på den ene siden hensynet til effektivitet i forvaltningen og på den andre siden hensynet til et godt grunnlag med målsetning om en materiell korrekt løsning og rettsikkerhet for de berørte parter.

Det følger av Sivilombudsmannens årsmelding at det med grunnlag i Grunnloven § 108 (tidligere § 110 a), SP art. 27 og ILO nr. 169 er en skjerpet utredningsplikt i saker hvor samiske interesser og reindrift blir berørt.³⁶ Hensynet bak en slik tolkning er ivaretagelse av myndighetenes plikter etter Grl. § 108. Dette gjøres ved å ha et skjerpet krav til utredning for å forsikre seg at samiske interesser som er vernet i Grl. § 108 ivaretas i forvaltningsprosesser.

Videre er spørsmålet hvilken rettskildemessig vekt sivilombudsmannens uttalelser tillegges. Det følger av Rt. 2002 s. 683 på s. 693 at Høyesterett la «avgjørende vekt på den praksis som har dannet seg på grunnlag av Sivilombudsmannens uttalelse.»

Det er hevdet i juridisk teori at:

³⁴ Se Ot. Prp. nr. 3 (1976-1977) s. 71 og Bernt og Rasmussen (2015) s. 255

³⁵ Winge (2016) s. 105

³⁶ SOMB-2009-46, saksnr. 2008/961

«(...)fordi Sivilombudsmannen er en fremstående jurist, som er oppnevnt av Stortinget (§1) og som gir melding tilbake til dette etter hvert år (§12), vil de uttalelsene hun eller han kommer med, bli tillagt stor vekt, både i den enkelte sak og generelt.»³⁷

Dette tilsier at Sivilombudsmannens uttalelse vektlegges tungt. Det kan derfor hevdes å foreligge en skjerpet utredningsplikt i saker om samiske interesser.

Utredningskravet i fvl. § 17 må også suppleres med øvrige regler som forvaltningen er bundet av. Reglene om konsekvensutredning er med på å definere utredningsplikten.³⁸

2.2.1.1 Konsekvensutredning

I forkant av store utbyggingsprosjekter er det viktig å ha gode konsekvensutredninger, for å kjenne til konsekvensene i forkant av utbyggingen. Funnene ved en konsekvensutredning vil være et viktig materiale ved interesseavveiningen forvaltningen gjør av hvorvidt utbygging skal tillates. Formålet bak konsekvensutredning er dermed å gi beslutningstakeren et faglig godt grunnlag for vurderingen av om det skal gis konsesjon.³⁹

Reglene for utredningsfasen følger av pbl. kapittel 14 og KUF. For konsekvensutredninger på tiltaksnivå, som tildeling av konsesjon i vindkraftsaker blant annet er, skjer utredningen i regi av private tiltakshavere.⁴⁰ Forslagsstiller er etter forskriften «den som fremmer forslag om en plan eller et tiltak»⁴¹. I vindkraftsaker medfører dette at forslagsstiller er tiltakshaver og utbygger. Forslagsstiller skal «utarbeide melding med forslag om utredningsprogram hvis saken gjelder et tiltak etter § 6 første ledd bokstav c.»⁴² Vindkraftsaker er et tiltak etter § 6 første ledd bokstav c, jf. vedlegg 1 nr. 28. Dette medfører at utbygger i vindkraftsaker må utarbeide melding med forslag om utredningsprogram. Kravene til utredningsprogrammet følger av KUF § 14.

Krav til konsekvensutredning følger av KUF § 21. Det heter i bestemmelsens første ledd at:

³⁷ Bernt og Rasmussen (2015) s. 103

³⁸ Winge (2016) s. 106

³⁹ Ibid. s. 115

⁴⁰ Holth og Winge (2014) s. 25

⁴¹ KUF § 4 første ledd

⁴² KUF § 13 annet ledd

«Konsekvensutredningen skal identifisere og beskrive de faktorer som kan bli påvirket og vurdere vesentlige virkninger for miljø og samfunn, herunder» «samisk natur- og kulturgrunnlag.»

Videre heter det i bestemmelsens tredje ledd at:

«Der hvor reindriftingsinteresser blir berørt, skal de samlede virkningene av planer og tiltak innenfor det aktuelle reinbeitedistriktet vurderes.»

Dette betyr at det må foretas en samlet vurdering av alle tiltak som vil påvirke samiske reinbeiteområder. Det er dermed viktig å innhente opplysninger vedrørende reindrift.

KUF gir føringer for hvilke hensyn som er relevante ved en konsekvensutredning, men den er ifølge Holth og Winge «nokså uklar med hensyn til hvor *omfattende* undersøkelsene skal være» (forfatters kursivering).⁴³ Hva som mer konkret kreves i en konsekvensutredning for at den er faglig god, kommer an på situasjonen og omfanget av utbyggingen.

NVE kan kreve tilleggsutredning dersom konsekvensutredningen innehar mangelfulle vurderinger, av blant annet virkningene for reindrift, jf. KUF § 12. Dersom NVE ikke krever dette i en slik situasjon, kan vedtaket være ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil.⁴⁴

Det følger av KUF § 17 tredje ledd at «[u]tredninger og feltundersøkelser skal følge anerkjent metodikk og utføres av personer med relevant faglig kompetanse.» Dette tilsier at utredere må være kompetent innenfor det området de utreder.

Konsekvensutredninger skal med dette danne et faglig godt grunnlag i avgjørelsen av hvorvidt det skal gis tillatelse til konsesjon og kvaliteten av konsekvensutredninger må vurderes særskilt i hvert enkelt tilfelle.

2.2.2 Innsigelsesrett og klagerett

Når en konsekvensutredning foreligger, kan tiltakshaver sende søknad om konsesjon. I denne sammenheng vil det forekomme en høring av søknad, befaring, eventuelle innsigelser og

⁴³ Holth og Winge (2014) s. 53

⁴⁴ Winge (2016) s. 122

konsultasjoner. Det følger av energiloven § 2-1 syvende ledd at «offentlige organer og andre tiltaket direkte gjelder» skal få søknad tilsendt for å kunne uttale seg.

Det heter videre i energiloven § 2-1 syvende ledd at reglene om innsigelse i pbl. §§ 5-4 til 5-6 gjelder så langt de passer. Dette betyr at blant annet kommuner, fylkeskommuner, Sametinget og statlige fagetater har innsigelsesadgang, jf. pbl. § 5-4. Reglene om innsigelse i pbl. gjelder med dette i hovedsak for konsesjonsbehandlingen.

Deretter vil NVE fatte et vedtak om hvorvidt det skal gis konsesjon. Vedtaket kan påklages til klageorganet OED og deres vedtak er endelig. I klagebehandlingen kan departementet prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd.

Det fremgår av energiloven § 2-1 syvende ledd femte setning at de «samme organer som gis innsigelsesrett etter plan- og bygningsloven, gis også klagerett på konsesjonsvedtaket etter reglene i forvaltningsloven kapittel VI.» Fvl. § 28 første ledd viser til at klager må ha «rettslig klageinteresse.» Energiloven legger med dette til grunn at de organer med innsigelsesrett også har rettslig klageinteresse. Dette innebærer at i saker som omhandler beiteområder, vil blant annet Sametinget og berørte reinbeitedistrikt ha klageadgang. Klage etter energiloven gjelder for konsesjonsvedtak. Det må foreligge et fattet vedtak før det er aktuelt med klage, mens en innsigelse kommer i forkant av et vedtak.

2.2.3 Konsultasjon

ILO nr. 169 ble ratifisert av Norge i 1990 og er en konvensjon som gir rettigheter til urfolk og stammefolk. Det følger av ILO nr. 169 art. 6 at urfolk har en rett til å bli konsultert i spørsmål som har betydning for dem. Konsultasjonsretten er hevdet å være blant de viktigste rettighetene i konvensjonen.⁴⁵ Målsetningen med konsultasjoner er at de foretas med «god vilje» og for å «oppnå enighet om eller samtykke til de foreslåtte tiltakene.»⁴⁶ Kjernen er at det skal foretas konsultasjoner med en reell mulighet for å bli hørt og en anledning til å ha innflytelse i saker som berører samiske interesser. At samene skal høres på dette stadiet i prosessen underbygges også av ILO nr. 169 art. 7, om rett til deltakelse.⁴⁷

⁴⁵ Skogvang (2017) s. 128 og Ravna (2019) s. 178

⁴⁶ ILO-konvensjonen nr. 169 art. 6 nr. 2

⁴⁷ Mer utførlig gjennomgått i NOU 2007:13 kapittel 17

I General Comment No. 23 uttaler menneskerettskomiteen at etterlevelse av SP art. 27 kan innebære tiltak for å «ensure the effective participation» av minoritetsgruppens medlemmer i saker som berører de.⁴⁸ SP art. 27 gir med dette også en konsultasjonsrett for urfolk i saker som påvirker dem.⁴⁹ I mangel på konsultasjon, kan det foreligge krenkelse av SP art. 27.⁵⁰

Poma-Poma avgjørelsen har vært viktig for fastsettelsen av konsultasjonsretten etter SP art. 27.⁵¹ Både Poma-Poma avgjørelsen og SP art. 27 vil bli nærmere omtalt i punkt 2.6.1. I Poma-Poma saken foretok staten et inngrep overfor et urfolk som drev med lamaoppdrett. Staten ga samtykke til å oppføre brønner som ledet bort grunnvann og som i betydelig grad reduserte vannforsyningen til lamaenes beiteområder, noe som igjen medførte at mange dyr døde og at urfolket var tvunget til å forlate området. I etterkant av Poma-Poma saken uttalte menneskerettskomiteen⁵² at urfolket må ha hatt adgang til å delta i beslutningsprosessene til tiltaket ved en effektiv deltakelse.⁵³ Uttalelsen viser at dersom et inngrep medfører at urfolket er frarøvet deres mulighet til næringsutøvelse, så kreves det at urfolkets berørte medlemmer gir et forhåndssamtykke til inngrepet. I slike situasjoner har urfolk et sterkere vern etter SP art. 27 enn ILO nr. 169 art. 6.⁵⁴

I FNs urfolkserklæring om urfolks rettigheter (2007) finnes det flere regler om konsultasjon. Viktigste er art. 19 og 32 (2), som går langt i å gi urfolk konsultasjonsrett.⁵⁵ Det er videre lovfestet en høringsrett for Sametinget i saker på deres område i sameloven § 2-2.

Konsultasjonsretten er inntatt i norsk rett i avtale om prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, omtalt som «konsultasjonsavtalen.»⁵⁶ Avtalen er dannet på grunnlag av ILO nr. 169 art. 6.⁵⁷ Det er inngått en egen konsultasjonsavtale mellom NVE og Sametinget i 2009, slik at denne avtalen gjelder også for NVE. Det foreslås å lovfeste konsultasjonsplikten som i dag følger av «konsultasjonsavtalen.»⁵⁸ I lovforslaget går

⁴⁸ General Comment No. 23 avsnitt 7

⁴⁹ Gauslaa (2007) s. 177 og 178

⁵⁰ Skogvang (2017) s. 128

⁵¹ Ángela Poma Poma v. Peru og Ravna (2019) s. 165

⁵² Ángela Poma Poma v. Peru avsnitt 7.6

⁵³ Hva som inngår i effektiv deltakelse er mer utførlig drøftet i Johansen (2004) s. 98

⁵⁴ Prop. 116 L (2017-2018) s. 50

⁵⁵ For en utførlig utredning se Ravna (2019) s. 418-421

⁵⁶ Regjeringen, Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget (2005), se Ravna (2019) s. 180

⁵⁷ Ravna (2019) s. 180

⁵⁸ Prop. 86 L (2020-2021)

Regjeringen inn for at «konsultasjoner med Sametinget skal samordnes med systemet for innsigelse i konsesjonssaker.»⁵⁹

2.3 Ekspropriasjon

Det følger av oreigningslova (orl.) § 1 at «oregningsinngrep» er blant annet når «bruksrett (...) vert teken (...) med tvang.»⁶⁰ Tvangsavståelse av bruksrett er med dette ekspropriasjon. I tråd med legalitetsprinsippet må ekspropriasjonsvedtak ha hjemmel i lov.⁶¹ Videre utløser ekspropriasjon en rett på «full erstatning» etter Grl. § 105. Bakgrunnen for disse reglene er at den private eiendomsretten står sterkt i norsk rett og en eventuell fravikelse av dette må følge loven og medføre erstatning for de berørte.

Ekspropriasjonsprosessen er treleddet. Først er det en forvaltningsprosess, hvor det korrekte forvaltningsorgan fatter et ekspropriasjonsvedtak i samsvar med hjemmel for ekspropriasjon, ofte etter orl. Det følger av orl. § 2 første ledd, jf. orl. § 5 at departementet kan fatte ekspropriasjonsvedtak. Neste steg er en rettslig behandling, hvor eventuell innsigelse på vedtakets gyldighet og erstatningsutmålingen vurderes. Siste steg er tiltredelse av det eksproprierede.⁶²

Departementet kan fatte ekspropriasjonsvedtak til fordel for et av de oppramsede punktene i orl. § 2 første ledd, såfremt «inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade», jf. bestemmelsens annet ledd. Det følger av orl. § 2 første ledd nr. 19 at vindkraftverk er et legitimt formål for ekspropriasjon. Kravet om at «inngrepet tvillaust er meir til gagn enn skade» innebærer et krav om at det må bevises at det foreligger en interesseovervekt i favør av inngrepets gagn.⁶³ I denne interesseavveiningen vil samiske interesser kunne komme inn.

SP art. 27 setter imidlertid en strengere grense, som det følger av punkt 2.6.1, er vernet etter SP art. 27 absolutt. Dette medfører at det ikke er en skjønnsmargin ved ekspropriasjon som griper inn i samisk kulturutøvelse, slik som det ellers er i ekspropriasjonsretten.⁶⁴ Dette tilsier at dersom et inngrep er i strid med SP art. 27, vil departementet ikke kunne gi samtykke til

⁵⁹ Prop. 86 L (2020-2021) s. 79

⁶⁰ Lov om oreigning av fast eigedom (oreigningslova-orl.) av 23. oktober 1959 nr. 3

⁶¹ Stavang (2019) s. 49

⁶² Ibid. (2019) s. 49

⁶³ Rt. 2009 s. 1142 avsnitt 34

⁶⁴ Ravna (2019) s. 160

ekspropriasjon uavhengig av om inngrepet medfører flere fordeler enn ulemper. Samiske interesser har med dette et særskilt vern ved ekspropriasjon.

2.4 Samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprierte

Det følger av orl. § 25 første ledd at «[k]ongen – eller styringsorgan med fullmakt etter § 5 – kan gje samtykke til at oreigningsinngrep vert sett i verk før det ligg føre rettskraftig skjøn.» Bestemmelsens ordlyd tilsier at OED, med fullmakt, jf. § 5, har anledning til å samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprierte, selv når ekspropriat motsetter seg dette. Det fremgår vidare av bestemmelsens femte ledd at partene skal få anledning til å uttale seg i forkant av en eventuell forhåndstiltredelse. Hvorvidt det skal gis slikt samtykke beror på en konkret vurdering, hvor sentrale vurderingsmomenter er inngrepets omfang og ekspropriasjonsobjektet.⁶⁵

Forhåndstiltredelse i utbyggingssaker medfører at det kan igangsettes utbygging som medfører uopprettelig skade og som det i praksis kan bli økonomisk uforsvarlig å reversere dersom vedtaket skulle vise seg å være ugyldig ved skjønssaken. I praksis vil forhåndstiltredelse i slike saker være den endelige avgjørelsen i saken, som tilsier at det er viktig at kravene for forhåndstiltredelse følges og at det foretas en grundig vurdering.

Et spørsmål av særlig interesse er hvordan tvist om ekspropriasjonsvedtakets gyldighet gjør seg gjeldende i en vurdering av om det skal gis samtykke til forhåndstiltredelse.

Bestemmelsens ordlyd gir ingen føringer for dette spørsmålet.

Det følger av forarbeidene til orl. § 25 at:

«Det må imidlertid være klart at ikke enhver påstand om at ekspropriasjonen er ulovlig, bør kunne hindre forhåndstiltreding. (...) En innsigelse mot lovligheten bør såleis være et moment som må tas i betraktning ved avgjørelsen om samtykke til forhåndstiltreding bør gis. Ved vurderingen bør det stå myndighetene fritt å tillegge dette den vekt som finnes rimelig. Det avgjørende her vil særlig være hvor nærliggende muligheten er for at ekspropriaten kan få medhold i sin innsigelse.»⁶⁶

⁶⁵ Stavang (2019) s. 58

⁶⁶ Ot. prp. nr. 56 (1970-71) s. 28

Forarbeidene viser til at dersom det foreligger en innsigelse mot gyldigheten av et ekspropriasjonsvedtak, er det et moment som taler mot forhåndstiltredelse. Videre må innsigelsen vurderes, for å avgjøre hvor stor vekt ugyldighetsinnsigelsen får i vurderingen.

Et hensyn bak orl. § 25 er ekspropriantens interesse i å komme i gang med utbyggingen.⁶⁷ På den andre siden er hensynet til ekspropriaten. I de tilfellene hvor ekspropriat anfører at ekspropriasjonsvedtaket er ugyldig, er det hensynet til ekspropriatens rettssikkerhet som er det sentrale mothensynet.

Så vidt meg bekjent eksisterer det få avgjørelser i domstolene, ingen fra Høyesterett, hvor retten har kommet til at det ikke kan gis samtykke til forhåndstiltredelse basert på ugyldighetsinnsigelser. I LG-2013-184173 kom retten til at det ikke kunne gis samtykke til forhåndstiltredelse etter orl. § 25, da det aktuelle vedtaket, OEDs klagevedtak, var ugyldig ifølge lagmannsrettens prejudisielle gyldighetsvurdering. Det er imidlertid få slike avgjørelser. Hovedinntrykket er at det gis samtykke til forhåndstiltredelse i de fleste tilfellene. Terskelen for å få samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprieerte er med dette lav.

2.5 Sentrale regelsett som verner om samiske interesser

Som nevnt i punkt 1.1 er det mange regelsett som skal verne samers rettigheter. Vern av samiske rettigheter har konstitusjonell forankring i Grl. § 108. Det følger av HR-2017-2428-A (Sara)⁶⁸ og HR-2017-2247-A (Langsund)⁶⁹ at Grl. § 108 ikke strekker lenger enn SP art. 27. Dette kan forklares med at Grl. § 108 bygger på SP art. 27.⁷⁰ Smith har uttalt at disse to regelsettene «stille(r) de samme krav.»⁷¹ Videre nevner samerettsutvalget at det rettslige vernet ved ordninger og instrumenter som FNs Permanente Forum for Urfolkssaker, Samisk parlamentarisk råd, Agenda 21 kapittel 26 fra Rio-konferansen i 1992 om miljø og utvikling og Europarådets rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter fra 1995, SP art. 27, Grl. § 108 og ILO nr. 169 ikke går lenger enn SP art. 27 og ILO nr. 169.⁷²

ILO nr. 169 er allerede gjennomgått i punkt 2.2.3. SP art. 27 vil gjennomgås i det følgende. Deretter vil det redegjøres for reindriftsloven, da denne loven spesifikt verner om samisk

⁶⁷ Stavang (2019) s. 58

⁶⁸ HR-2017-2428-A (Sara) avsnitt 53

⁶⁹ HR-2017-2247-A (Langsund) avsnitt 118

⁷⁰ NOU 1984:18 s. 441

⁷¹ Smith (1990) s. 518

⁷² NOU 2007:13 A s. 171

reindrift og må følges av forvaltningen. Spesielt reindriftslovens vern av flytt- og trekklei er sentralt ved vindkraftutbygging på reinbeiteområder.

2.5.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27

SP ble vedtatt i 1966 og ratifisert av Norge i 1972. Ved menneskerettsloven⁷³ ble SP inkorporert i norsk rett, jf. mrl. § 2 og har forrang foran andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonen, jf. mrl. § 3. SP er således inkorporert med forrang, med trinnhøyde under grunnlov, men foran annen lov.

Det kan oppstå flere problemstillinger etter SP art. 27. Denne avhandlingen omhandler tilfeller hvor det er tale om en vernet gruppe og et inngrep i deres vernede interesse. Det er dermed ikke bestridt at bestemmelsen kommer til anvendelse og verner den aktuelle aktiviteten. Det tvilsomme er når inngrepet anses å være lovlig etter bestemmelsen. Hovedvekten av gjennomgangen av SP art. 27 ligger på å redegjøre for når et inngrep anses å være ulovlig etter bestemmelsen. Det vil imidlertid kort redegjøres for hvem og hvilke aktiviteter som er vernet etter bestemmelsen, før det foretas en grundigere redegjørelse av terskelen for brudd på SP art. 27. Redegjørelsen har for øye at det er tale om samer og inngrep i form av vindkraftutbygging.

Den norske oversettelsen av SP art. 27 lyder slik:

«I de stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke nektes retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin egen religion, eller bruke sitt eget språk.»

Bestemmelsen gir med dette «etniske minoriteter» rett på å ikke «nektes retten til» «å dyrke sin kultur.» Vernet etter SP art. 27 er ikke et særskilt vern for urfolk, men alle etniske, religiøse og språklige minoriteter.⁷⁴ Hensynet bak bestemmelsen er å gi et vern til disse gruppene, i form av blant annet ivaretagelse av deres kultur. Det er på det rene at samer er en «etnisk minoritet» i Norge og samene nyter vern etter SP art. 27.⁷⁵ Ordlyden «dyrke sin kultur» tilsier at bestemmelsen gir rett på å drive med de aktiviteter som særpreger den

⁷³ Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl.)

⁷⁴ Skogvang (2017) s. 162

⁷⁵ NOU 2007:13 A s. 189 og Rt. 1982 s. 214 (Alta-saken)

etniske minoritetens kultur. Reindrift er ansett som utøvelse av «kultur» etter bestemmelsen.⁷⁶ Bestemmelsen medfører dermed at samer ikke skal «nektes» retten til samisk reindrift.

Det må videre redegjøres for hvorvidt SP art. 27 verner om individuelle eller kollektive rettigheter. Ordlyden «skal de som tilhører», peker i retning av at det er individuelle rettigheter. Dette underbygges av menneskerettskomiteens forståelse i *Lovelace v. Canada* som ble avgjort i 1981.⁷⁷ Det følger av ordlyden at kulturutøvelsen kan foretas «sammen med andre medlemmer av sin gruppe», som gir rettigheten et kollektivt preg. Rettighetens individualitet sammenholdt med det kollektive preget, kommer godt fram i *Lovelace* avgjørelsen. Saken omhandlet en kvinne, tilhørende et urfolk, som hadde giftet seg med en som ikke tilhørte urfolket. Kvinnen skilte seg og spørsmålet var om hun hadde rett til å bosette seg på urfolkets område. Ifølge kanadisk lovgivning får ikke personer fra urfolksgruppen som gifter seg med noen utenfor urfolksgruppen, rett til å bosette seg på urfolkets område. Kvinnen reiste sak om at en slik lovbestemmelse var i strid med SP art. 27. Retten ga kvinnen medhold.⁷⁸ Dette viser at vernet er individuelt, men gir en rett på å nyte rettighetene kollektivt. Det er hevdet at terskelen for krenkelse blir senket som følge av at bestemmelsen gjelder individuelle rettigheter, ettersom det er lettere å vise at en person har fått sine rettigheter krenket enn en hel gruppe.⁷⁹

Spørsmålet videre er hvor terskelen går for at noen er «nektet» retten til kulturutøvelse. Det skilles i teorien på negative og positive forpliktelser, som medfører ulike vurderinger for hvorvidt det foreligger krenkelse av SP art. 27. Det vil imidlertid kun redegjøres for terskelen ved negative forpliktelser, altså inngrep i samisk kulturutøvelse.⁸⁰

Ordlyden til «nektet» tilsier at de blir fratatt muligheten til å utøve sin kultur fullt og helt og oppstiller således en høy terskel for når det foreligger nektelse. I *Poma-Poma* avgjørelsen kom menneskerettskomiteen til at et inngrep overfor et urfolk som drev med lamaoppdrett var i strid med SP art. 27. Staten ga som nevnt samtykke til å oppføre brønner som ledet bort grunnvann og reduserte vannforsyningen til lamaenes beiteområder. Det medførte at mange dyr døde og at urfolket var tvunget til å forlate sitt område. Saksforholdet i *Poma-Poma* er

⁷⁶ HR-2017-2428-A (Sara) avsnitt 55

⁷⁷ NOU: 2007:13 A s. 195, med videre henvisning til *Lovelace v. Canada*, særlig avsnitt 14 til 17

⁷⁸ *Ibid.* s. 195, med videre henvisning til *Lovelace v. Canada*, særlig avsnitt 14 til 17

⁷⁹ *Ibid.* s. 195

⁸⁰ For en utførlig drøftelse av forskjellen på negativ og positiv forpliktelse, se Ravna (2019) s. 157-162

også et eksempel på at statlig inngrep medførte en nektelse av retten til kulturutøvelse. Poma-Poma avgjørelsen er en av få avgjørelser hvor et statlig inngrep medførte brudd på SP art. 27.

I menneskerettskomiteens generelle uttalelse følger det imidlertid at bestemmelsen også beskytter «violation», altså rene krenkelser.⁸¹ Høyesterett uttalte i Sara-dommen at også inngrep som «ikke utgjør en total nektelse» omfattes av vernet i SP art. 27.⁸² Det er på det rene at terskelen er noe lavere enn ordlyden til «nektet» skulle tilsi.

I høyesterettspraksis har det skjedd et skifte. I Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken) og Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya) ble det redegjort for terskelen for brudd på SP art. 27. I Alta-saken uttalte retten at «bastante og meget skadelige inngrep» medførte brudd på SP art. 27⁸³, mens terskelen i Stonglandshalvøya-dommen ble satt ved at inngrepet må være «så omfattende at reindriftssamene «nektes retten til» å utøve sin næringsvirksomhet.»⁸⁴ Disse uttalelsene oppstiller en høy terskel for brudd på SP art. 27.

I Langesund- og Sara-dommen, redegjorde også retten for terskelen for brudd på SP art. 27. I Langesund-dommen uttalte retten at «det skal en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 27 er krenket».⁸⁵ Førstvoterende i Sara-dommen stilte seg bak denne forståelsen.⁸⁶

De to seneste høyesterettsdommene synes å legge til grunn en lavere terskel enn tidligere rettspraksis. I 2016 uttalte OED i Kalvvatnan-saken at det foreligger krenkelse når det er en «overliggende fare» for at reindriften ikke kan «oppretholdes i det omfang den har i dag.»⁸⁷ Lagmannsretten uttalte så i 2020 at «terskelen for krenkelse fremstår noe lavere i de to siste høyesterettsavgjørelsene enn i de to første» og omtaler da de fire ovennevnte høyesterettsavgjørelsene.⁸⁸ Det kan hevdes at terskelen er blitt lavere, men det er fremdeles

⁸¹ General Comment No. 23 avsnitt 6.1

⁸² HR-2017-2428-A avsnitt 55, hvor Høyesterett viser til NOU 2007:13 A s. 203

⁸³ Rt. 1982 s. 241 på s. 299

⁸⁴ Rt. 2004 s. 1092 avsnitt 73

⁸⁵ HR-2017-2247-A avsnitt 128

⁸⁶ HR-2017-2428-A avsnitt 56

⁸⁷ OED, Fred Olsen Renewable AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner – klagesak (2016), s. 13

⁸⁸ LF-2018-150314 – LF-2018-150323 – LF-2018-150327, (Dommen ligger på Lovdata uten sidetall eller avsnittsnummer)

slik at «det skal en god del til» for at det foreligger brudd med SP art. 27.⁸⁹ Høyesterett har aldri kommet til at SP art. 27 har vært krenket.

I vurderingen av om terskelen er nådd følger det av menneskerettskomitéens praksis at tidligere inngrep ovenfor urfolket må tas med i vurderingen av om det aktuelle inngrepet vil overskride terskelen til SP art. 27.⁹⁰ OED uttalte i Kalvvatnan-saken at et tiltak kan medføre en krenkelse når det vurderes i lys av tidligere og kommende inngrep.⁹¹ Dette betyr at tidligere inngrep må medtas i vurderingen av om et inngrep krenker SP art. 27.

Ved spørsmål om brudd på SP art. 27 er også konsultasjon sentralt, se punkt 2.2.3. For å oppnå hensynet om ivaretagelse av etniske minoriteters kultur, er konsultasjon viktig. Tradisjoner knyttet til kulturutøvelsen er ofte forhold samfunnet ellers ikke har inngående kunnskap om og de som utøver kulturen må bringe slik informasjon til beslutningsorganene. Beslutningstaker vil således ha et grunnlag i samsvar med de faktiske forhold når de vurderer om et inngrep vil krenke kulturutøvelsen.

Deretter er spørsmålet om staten har adgang til å foreta skjønsmessige avveininger for hvorvidt et inngrep er i strid med SP art. 27. Ordlyden i bestemmelsen gir ikke staten rom til å foreta skjønsmessige avveininger, som tilsier at det ikke er en slik adgang.⁹² I Ilmari Länsman v. Finland, uttalte menneskerettskomiteen at bestemmelsen ikke gir adgang til en skjønsmessig vurdering.⁹³ Vernet etter SP art. 27 er dermed absolutt.

I Lubicon Lake Band v. Canada ble inngrepet ansett som i strid med SP art. 27. Urfolket kunne imidlertid fortsette med kulturutøvelsen på bakgrunn av statens avbøtende tiltak, slik at inngrepet ikke var i strid med SP art. 27. Det sentrale etter menneskerettskomitéens praksis er sluttresultatet, hvorvidt urfolket får krenket sin rett til kulturutøvelse. Et inngrep som i seg selv vil medføre en krenkelse, kan gå klar av SP art. 27 ved avbøtende tiltak som reparerer inngrepet. I Langsund-dommen trekkes det også fram avbøtende tiltak som argument for at

⁸⁹ Uttalt i HR-2017-2428-A avsnitt 114, HR-2017-2247-A avsnitt 128 og LF-2018-150314 – LF-2018-150323 – LF-2018-150327

⁹⁰ Lubicon Lake Band v. Canada (1990) og Jouni E. Länsman v. Finland (1996) og Länsman II-saken (2005)

⁹¹ OED, Fred Olsen Renewable AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner – klagesak (2016) s. 3

⁹² Dette underbygges av NOU 2007:13 A s. 196

⁹³ Ilmari Länsman v. Finland avsnitt 9.4

det ikke foreligger strid med SP art. 27.⁹⁴ Det foretas med dette en samlet vurdering av inngrep og avbøtende tiltak.

Gjennomgangen viser at det er mange sentrale momenter og hensyn som må vektlegges når det skal vurderes om et inngrep, som vindkraftutbygging, er i strid med SP art. 27. For det første må det være tale om et inngrep ovenfor personer med vern etter SP art. 27. Interessen de søker vern for, må omfattes av interessevernet i bestemmelsen, som for eksempel reindrift. Deretter er sentrale momenter hvor stort inngrepet er og i hvilken grad dette påvirker urfolkets kulturutøvelse, om det er foretatt tidligere inngrep med konsekvenser for kulturutøvelsen, om det ble foretatt konsultasjon i tilknytning til inngrepet og hvorvidt det er fastsatt avbøtende tiltak som minsker konsekvensene av inngrepet. Bestemmelsen er med dette skjønnsmessig. På den ene siden medfører dette at de sentrale momentene og hensynene ved urfolks kulturutøvelse kan vektlegges på en rimelig måte for hver enkelt sak. På den andre siden medfører dette lite forutberegnelighet. Det er med dette vanskelig å konstatere hvor terskelen for brudd på SP art. 27 går.

2.5.2 Reindrifftsloven

Reindrifftslovens formål er å:

«legge til rette for en økologisk, økonomisk og kulturelt bærekraftig reindrift med basis i samisk kultur, tradisjon og sedvane til gagn for reindrifftsbefolkningen selv og samfunnet for øvrig.»

Ordlyden til «reindrift med basis i samisk kultur, tradisjon» tilsier at et sentralt hensyn ved reindrifftsloven er ivaretagelse av samisk kultur i tråd med samiske tradisjoner. Dette medfører at det ikke er nok å verne om det økonomiske aspektet ved samisk kulturutøvelse, men samiske tradisjoner må også ivaretas.

Det er en viktig målsetning at «[r]eindrifften skal bevares som et viktig grunnlag for samisk kultur og samfunnsliv.»⁹⁵ Dette tilsier at reindrifftsloven gir reindrifften et sterkt vern og dette vernet må hensyntas av forvaltningen i vurderinger som påvirker reinbeiteområder.

⁹⁴ HR-2017-2247-A avsnitt 130

⁹⁵ Reindrifftsloven § 1

I lovens § 4 følger det hvilke områder som anses som «samiske reinbeiteområder», hvor Sør-Trøndelag blant annet nevnes. Det fremgår av lovens § 19 regler for beiteretten. Mens det i lovens § 20 følger regler for de ytterligere rammene for beiteretten, hvor det følger at den «omfatter rett til nødvendige årstidsbeiter, dvs. vår-, sommer-, høst- og vinterbeiter, herunder flyttleier, kalvingsland og paringsområder.»

Det følger av § 22 første ledd at retten til «fritt og uhindret å drive og forflytte rein i de deler av reinbeiteområdet hvor reinen lovlig kan ferdes» og «adgang til flytting med rein etter tradisjonelle flyttleier» er viktig for samisk reindrift. Det fremgår videre et forbud mot stenging av flyttlei av § 22 annet ledd. Det heter i forarbeidene at flyttleier er så viktig fordi de «utgjør kretsløpet i årssyklusen og er normalt av helt avgjørende betydning for reindriften i området.»⁹⁶ På denne bakgrunn hevdes det i juridisk litteratur at vernet om flyttleier er «den viktigste enkeltbeføyelsen innen det rettskomplekset som utgjør reindriftsretten.»⁹⁷

En flyttlei kan imidlertid stenges dersom «berettigede interesser gir grunn til det» og det skjer en «omlegging av flyttlei» eller «åpning av nye flyttleier», jf. reindriftsloven § 22 annet ledd første setning. En flyttlei kan kun omlegges dersom «berettigede interesser» tilsier det og vilkårene for ekspropriasjon foreligger.⁹⁸ Hva som inngår i «berettigede interesser» følger ikke av ordlyden. Forarbeidene uttaler at «flyttleier kan bli berørt og eventuelt stengt i forbindelse med mer omfattende tiltak som vassdragsutbygging.»⁹⁹ Vindkraftutbygging er også et omfattende tiltak på linje med vassdragsutbygging og er dermed et eksempel på en berettiget interesse. Flytt- og trekkleier har med dette et sterkt vern og dersom for eksempel ekspropriasjon til fordel for vindkraftutbygging medfører at de ødelegges eller stenges, må de omlegges. Dette betyr at når ekspropriasjon medfører at en flyttlei stenges, vil det medføre strid med reindriftsloven § 22 dersom flyttleien ikke omlegges.

⁹⁶ Ot.prp.nr.25 (2006-2007) s. 59

⁹⁷ Ravna (2019) s. 344

⁹⁸ Ot.prp.nr.25 (2006-2007) s. 17

⁹⁹ Ot.prp.nr.9 (1976-1977) s. 57, forarbeider til § 10 i reindriftsloven av 1978, som i dag er videreført i § 22 i reindriftsloven av 2007

3 Konsekvensutredningene i tilknytning Storheia vindkraftverk

3.1 NVEs krav til konsekvensutredningen for reindrift

I NVEs utredningsprogram fra 2007 fremgår de krav NVE har fastsatt for konsekvensutredning for reindrift. Essensen i kravene er at det må utredes om vindkraftutbyggingen vil medføre at reindriften beiteområder går tapt og generelt utrede hvordan vindkraftverk vil påvirke reindriften.¹⁰⁰ NVE setter videre et krav om at det generelt, ikke kun for reindriften, skal foretas en vurdering av «[d]e samlede effektene av gjennomførte og planlagte utbyggingstiltak i tiltakets influensområde skal vurderes under de punktene i konsekvensutredningen hvor dette anses relevant.»¹⁰¹

3.2 Konsekvensutredningene i forkant av NVEs konsesjonsvedtak

Tiltakshaver, Statkraft Development AS, sendte inn to konsekvensutredninger i tilknytning til konsesjonssøknaden, fra 2008 og 2009.¹⁰² I dette kapittelet vil konsekvensutredningene gjennomgås. I kapittel 4 vil NVE- og OEDs konsesjonsvedtak gjennomgås.

3.2.1 Hovedutredning

Konsekvensutredningen fra 2008, hovedutredningen, ble utført av SWECO Norge AS og ASK Rådgivning AS i samarbeid, omtalt som «utrederne» i det følgende. Oppdragsgivere, og tiltakshavere, var Statnett SF, Sarepta Energi AS, Statkraft Development, Agder Energi og Produksjon AS, Statskog SF og Zephyr AS. Konsekvensutredningen er en fagrapport om vindkraftverkets påvirkning på reindriften på Fosen i tilknytning konsesjonssøknad.

Hva angår forskning og studier om vindkraftverks påvirkning på reindrift, viste utrederne til manglende kunnskap om temaet og at de fleste studier peker mot at vindturbiner ikke har så stor innvirkning på reinsdyrene. Forholdene ved de ulike studiene gjennomgås ikke og det uttales ikke hvorvidt de nevnte studiene har overføringsverdi til reindriften på Storheia.

I rapporten blir de berørte områdene på Fosen og vindkraftutbyggingens konsekvenser for beiteområdene, verdsatt. Utrederne har uttalt at metodikken for verdifastsettelsen av de ulike

¹⁰⁰ NVE, Fastsetting av utredningsprogram (2007), punkt 19

¹⁰¹ Ibid. punkt 20

¹⁰² Fagrapport – Reindrift Fosen (2008) og tilleggsutredning (2009)

vindkraftverkene først og fremst er til for å skille på de ulike vindkraftverkene og rangere deres verdier opp mot hverandre, ikke beskrive verdien av de enkelte vindkraftverkene.¹⁰³

Verdifastsettelsen i utredningen går på en skala fra liten, middels til stor negativ verdi.

Utredningene uttalte at vindkraftverkets påvirkning på reindriften på Storheia vil bli stor, ettersom Sørgruppen har et viktig vinterbeite der. De vurderte ulike omfang av utbygginger på Storheia. En redusert utbygging av Storheia vindkraftverk vil medføre 50-70 vindturbiner og en installert effekt på 160-225 MW, mens en full utbygging innebærer 58-85 vindturbiner og en samlet installert effekt på mellom 195-260 MW. Verdifastsettelsen av konsekvensene for reindriften ble satt til middels/stor for redusert utbygging og stor for full utbygging.

Deretter ble de samlede konsekvenser av kraftledninger og vindkraft vurdert. Utrederne kom i denne vurderingen til at en redusert utbygging på Storheia vil ha stor/middels negativ verdi og kan gjøres uten å true eksistensen for reindrift, mens en full utbygging vil kunne true reindriften.¹⁰⁴ Videre ble det foreslått flere avbøtende tiltak for blant annet å minske de negative konsekvensene for reindriften, blant annet inngjerding som gjør det lettere å styre rein unna anlegg og ledegjerder der behov.¹⁰⁵

3.2.2 Tilleggsutredning

NVE krevde på grunn av flere innsigelser på hovedutredningen, en tilleggsutredning for blant annet å utrede «en oppdatert vurdering av de samlede virkninger for reindriftsinteressene.»¹⁰⁶

Tilleggsutredningen ble foretatt av samme utredningene som foretok hovedutredning i 2008, altså SWECO Norge AS og ASK Rådgivning AS. I tillegg har Rambøll AS bistått i spørsmål om vei og transport og Norconsult har vært anvendt som rådgiver i nettfaglige spørsmål.

Utredningene tar for seg to ulike scenarioer av vindkraftutbygging på Fosen i tilleggsutredningen. Roan- og Storheia vindkraftverk inngår i begge scenarioene. Roan vindkraftverk berører Nordgruppen, mens Storheia vindkraftverk berører Sørgruppen. Scenario 1 har en maksimal effekt på 800 MW, mens scenario 2 har en maksimal effekt på 1500 MW. Det inngår med dette flere vindkraftverk i scenario 2. Roan- og Storheia vindkraftverk er de to vindkraftverkene som medfører flest konsekvenser for beiteområdene på Fosen. Når utredningene vurderte hvordan

¹⁰³ NVE, konsesjonsvedtak (2010), s. 57

¹⁰⁴ Fagrapport- Reindrift Fosen (2008), punkt 8

¹⁰⁵ Ibid. punkt 9.2 på s. 114 for gjennomgang av alle de avbøtende tiltak

¹⁰⁶ NVE, konsesjonsvedtak (2010), punkt 4.4

de ulike scenarioene ville påvirke reindriften, sammenlignet de Roan- og Storheia vindkraftverk med hverandre. I denne vurderingen kom de til at Roan- og Storheia vindkraftverk var begge like skadelige for reindriften.

Utredningene konkluderte med at en full utbygging av Storheia vindkraftverk ikke vil true reindriften eksistens. Denne konklusjonen står i kontrast til utredningens konklusjon i hovedutredningen fra 2008, hvor de uttalte at en full utbygging av Storheia vindkraftverk ville kunne true reindriften eksistens. Utredningene begrunnet det endrede synet med at ny forskning viste til at vindkraftverk ikke hadde så stor påvirkning på reindrift.¹⁰⁷ En studie av et vindkraftverk på Kjøllefjord er blant den nye forskningen det vises til. Studien fra Kjøllefjord er imidlertid ikke ferdig utredet og omhandler rein på sommerbeite og i innhegn. Forholdene i Kjøllefjord og på Storheia er dermed ulike.

I tillegg utredningen følger det at selv om utbyggingen på Storheia ikke vil medføre tap av vinterbeite, kan «tradisjonene knyttet til samisk kultur og mer tradisjonell reindrift (...) bli vanskelig å opprettholde fordi drifta trolig må legges betydelig om.»¹⁰⁸ Dette vurderes ikke nærmere i rapporten og det fremgår ikke hvorvidt et slikt scenario kan bli utfallet ved en utbygging. Det sies ikke noe om det planlagte vindkraftverket på Storheia vil medføre at den tradisjonelle reindriften må legges om og hvilke konsekvenser utbyggingen vil ha for Sørgruppes vinterbeite. Behovet for vinterforing som følge av utbyggingen er ikke nevnt som et alternativ i verken hovedutredningen eller tillegg utredningen.

Det er rundt 4000 hytter på Fosen halvøya, med et snitt på 990 hytter per 1000 km².¹⁰⁹ Fosen er det reinbeiteområde med størst hytteutbygging i Norge. Dette er et forhold som taler for at det allerede er gjort store inngrep på Storheia og bør vektlegges i vurderingen ved vindkraftutbygging. Dette nevnes imidlertid verken i hoved- eller tillegg utredningen.

Utredningene viste til at reindriftsutøverne ikke var enig i deres vurderinger, da de mente at vindkraftutbyggingen ville innebære større konsekvenser for reindriften.¹¹⁰

¹⁰⁷ Tillegg utredning (2009), s. 25, jf. 21

¹⁰⁸ Ibid. s. 29

¹⁰⁹ Nellesmann, Utbygging av vindkraft i Fovsen-Njaarke/Fosen reinbeitedistrikt: Konsekvenser for reindriften i Sørgruppen (2017)

¹¹⁰ Tillegg utredning (2009), s. 11

3.2.3 Hva kan begrunne forskjellen på utredningene fra 2008 til 2009?

I konsekvensutredningen av 2008 fremgår det at en full utbygging av Storheia vindkraftverk vil ha store konsekvenser for reindriften. Det følger imidlertid av konsekvensutredning fra 2009 at «vi ikke lenger tror at driftsgruppe Sør sitt grunnlag for å kunne drive videre omtrent som i dag er truet.»¹¹¹ Disse konsekvensutredningene er foretatt av samme utreder, med kun ett års mellomrom. Det er store forskjeller i konsekvensutredningene og det skal i det følgende vurderes nærmere hva som kan begrunne denne forskjellen.

Det er to klare forskjeller fra 2008 til 2009. For det første viste utrederne til at den endrede konklusjonen baserte seg på nye studier, som viste at konsekvensene ved vindkraftutbygging generelt er mindre enn antatt. Utrederne anførte at dette var grunnen til den endrede konklusjonen. For det andre ble viktigheten av Storheia vindkraftverk endret. I 2008 utgjorde Storheia vindkraftverk kun 10 % den samlede kraftproduksjonen på Fosen og spilte ikke en stor rolle i vindkraftutbyggingen. Mens i 2009 utgjorde Storheia 37 % av den samlede kraftproduksjonen på Fosen. Dette viser at Storheia vindkraftverk i 2009 utgjorde en større prosentsats av den totale kraftproduksjonen av vindkraftverkene. Dette var resultatet av at de øvrige planene ble nedskalert, mens planene om Storheia vindkraftverk forble de samme.

Det synes imidlertid som at majoriteten av studier av effekten på reindrift, både i 2008 og 2009, pekte i retning av at utbygging ville medføre store konsekvenser for reindriften.¹¹² Utrederne mente på sin side at det eksisterer mange usikre studier, men at de generelt peker i retning av at konsekvensene for reindriften ikke er store.

Reinforsker Nellemann hevder at forskningen som utrederne har vist til, utgjør rundt 10 % av alle studiene på saksområde.¹¹³ Han viser videre til at det eksisterer mye annen forskning som peker i andre retninger. Så mye som 80-85 % av forskningen viser til at utbygging medfører store konsekvenser for reindriften, men det nevnes ikke i konsekvensutredningene.

Nellemann fremhever i «inngrep i reinbeiteland» ulike taktikker som parter i utbyggingssaker anvender, også av hensyn til forskning.¹¹⁴ En taktikk kan ha som formål å forvirre beslutningstakeren, hvor man ønsker å vise at det planlagte byggeprosjektet vil fremstå som et

¹¹¹ Tilleggsutredning (2009), s. 25

¹¹² Nellemann, Utbygging av vindkraft i Fovsen-Njaarke/Fosen reinbeitedistrikt: Konsekvenser for reindriften i Sørgruppen (2017), med videre henvisninger på s. 35-45

¹¹³ Ibid. s. 3

¹¹⁴ Vistnes, Nellemann og Bull (2004)

kompromiss. For eksempel ved at utbygger har minsket prosjektet av miljøhensyn. Mens en annen taktikk er å vise til at prosjektet ikke vil få store konsekvenser for naturen eller reindriften. Aud Tennøy løfter også frem denne problemstillingen.¹¹⁵ Hun viser blant annet til taktikken «cherry-picking», som anvendes for å bevisst forvirre beslutningstakeren. Taktikken går ut på å kun legge fram de resultater som er til fordel for utbygger.

Dersom utbygger først viser til at det foreligger usikre studier på et område og deretter viser til studier som i hovedsak peker i en retning, så medfører dette at leseren antar at de fremlagte studiene viser det fulle bilde av forskningen. Det er vanskelig for leseren å være opplyst på studier som ikke nevnes i konsekvensutredningen. En utredning skal som det klare utgangspunktet være objektiv og faglig god, som medfører at beslutningstakeren ofte legger informasjon fra konsekvensutredningen til grunn.

For å ha et faglig godt grunnlag, må det foretas en grundig redegjørelse av konsekvensene ved utbygging. For å oppnå dette må man vurdere «lokale direkte effekter, regionale indirekte effekter og kumulative effekter»,¹¹⁶ og på denne måten få oversikt over de reelle konsekvensene en utbygging kan få for reindriften.¹¹⁷ Det følger ikke av konsekvensutredningen fra 2009 at alle de tre effektene er kartlagt og det er usikkert om dette faktisk er gjort. Ved å kun lese konsekvensutredningene fremstår det dermed uforståelig hvorfor konklusjonen ble så drastisk endret fra 2008 til 2009, når mesteparten av studiene i både 2008 og 2009 talte for at en utbygging ville medføre store konsekvenser for reindrift.

3.2.4 Tiltakshaver hyrer utreder, hvilken betydning kan det ha?

Det er viktig at konsekvensutredninger er uavhengige, pålitelige og objektive. Dette utgangspunktet settes på prøve når det er tiltakshaver, som selv ønsker å bygge ut, som også har ansvar for konsekvensutredningene og å hyre inn utreder. Det er naturlig at det oppstår diskusjoner rundt dette tema, ettersom en konsekvensutredning ofte er det mest sentrale faktagrunnlaget for hvorvidt det skal tillates en vindkraftutbygging. Dette er imidlertid en problemstilling som ikke er grundig undersøkt i Norge. Flere partier på Stortinget har i det

¹¹⁵ Holth og Winge (2014) s. 200

¹¹⁶ Vistnes, Nellemann og Bull (2004) s. 53

¹¹⁷ Dette ble gjort i Nellemann, Utbygging av vindkraft i Fovsen-Njaarke/Fosen reinbeitedistrikt: Konsekvenser for reindriften i Sørgruppen (2017), se s. 27-33

siste fremmet ønske om å foreta gransking av konsesjonsprosesser, hvor denne problemstillingen også vil undersøkes.¹¹⁸

I litteraturen reises problemstillingen rundt den faglige kvaliteten på konsekvensutredninger som er bestillingsverk fra tiltakshaver.¹¹⁹ Det vises til at det er blitt vanligere at tiltakshaver hevder at utredningene har blitt foretatt over lengre tid enn de faktisk har blitt og utredere har vanskeligheter for å motsi dette i frykt for å miste oppdrag. En masteravhandling har forsket på problemstillingen og kom blant annet til at pris var det viktigste for tiltakshaver når den skulle finne utreder.¹²⁰ Avhandlingen viste til at kravet om lav pris medfører en stor konkurranse blant utredere, som resulterer i at de må bruke mindre tid på de ulike konsekvensutredningene for å kunne ta en lavere pris. Mindre tid på konsekvensutredningene tilsier en lavere kvalitet på innholdet og et mer mangelfullt grunnlag i konsesjonsprosessen. Det følger videre av avhandlingen at flere av utrederne «savner et minimumskrav til tid i felt i utredningsprogrammene» og et «nasjonalt organ som kunne hatt ansvaret for å lage utredningsprogrammer, bestille utredninger og kvalitetssikre de ferdige konsekvensutredningene.»¹²¹ Slike krav vil trolig kunne medføre en høyere kvalitet på konsekvensutredningene. Sverige har en egen uavhengig miljøklagedomstol. Det er flere som tar til orde for at Norge bør ha en miljødomstol.¹²²

I en artikkel fra NRK, snakket NRK med 13 konsulenter i ulike firma som har levert konsekvensutredninger, hvor kun en av dem sier seg «helt upåvirket av hensynet til utbyggerne.»¹²³ Artikkelen viser til at det er en tendens til at utreder toner ned funn som ikke er i utbyggers favør, siden utreder er avhengig av utbygger for å ha arbeid. En utreder som finner for mye ved kartleggingen, hevdes det at vil få færre oppdrag fra tiltakshavere.¹²⁴

¹¹⁸ <https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/7K7OL9/flertallet-paa-stortinget-aapner-for-gransking-av-vindkraft>

¹¹⁹ Vistnes, Nellemann og Bull (2004) s. 58

¹²⁰ <https://static02.nmbu.no/mina/studier/moppgaver/2016-Holth.pdf>

¹²¹ <https://static02.nmbu.no/mina/studier/moppgaver/2016-Holth.pdf>

¹²² SV har fremmet forslag om å få en miljøklagedomstol på Stortinget, se

<https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/7K7OL9/flertallet-paa-stortinget-aapner-for-gransking-av-vindkraft>

https://www.nrk.no/klima/ny-rapport-om-konsekvensutredninger_-avdekker-lovbrudd-1.15389170?fbclid=IwAR3-Y9ndFXVUe5h8iyUMGYo8dUzYeGqTnhSj7e8ElbBDMa3IZ3Mqnpqe72Y

¹²³ https://www.nrk.no/klima/xl/utbyggere-kjoper-konsekvensutredninger_-naturen-kan-tape-1.15212845

¹²⁴ Det har vært flere artikler om dette tema den siste tiden, se blant annet <https://www.nrk.no/vestland/rotevatn-meiner-vindkraftverk-ikkje-burde-fatt-godkjenning-1.15232821> og

<https://www.nrk.no/vestland/statsforvaltarane-med-krass-kritikk-av-naturvern-1.15277356>

Det foreligger som nevnt flere studier vedørende vindkraftverk og reindrift som trekker i ulike retninger. Dette er således et fagområde hvor det er mulig å vektlegge studier som peker i ulike retninger. At tiltakshaver hyrer utreder kan derfor i verste fall få innvirkning på konsekvensutredningenes kvalitet. Satt på spissen kan det bli hyret utredere som er kjent for å mene at vindkraftverk ikke har stor innvirkning på reindrift. Dersom det var et objektivt organ som hyret eller utførte utredningene, så kan det medføre at utreder føler seg friere til å komme med ulike funn og vurderinger. Samt ville dette kunne minske konkurransen om lavest mulig pris.¹²⁵ Det er usikkert hvordan det at tiltakshaver hyrer utreder påvirker kvaliteten på den endelige konsekvensutredningen.

4 Tildeling av konsesjon til Storheia vindkraftverk

I dette kapitlet vil NVEs konsesjonstillatelse gjennomgås, med fokus på hvordan samiske rettigheter ble ivaretatt i denne delen av forvaltningsprosessen.

4.1 NVEs konsesjonsvedtak

4.1.1 NVEs vurdering av konsekvensutredningene

I konsesjonsprosessen måtte NVE ta stilling til konsekvensutredningen som lå til grunn for vindkraftverket.¹²⁶

Utreder uttalte, som nevnt i punkt 3.2.1, at metodikken for verdifastsettelse av de ulike vindkraftverkene, i hovedsak gjelder for å skille mellom vindkraftverkene og er ikke en konkret vurdering av de enkelte vindkraftverkene. Dette betyr at verdiene for utbygging av f.eks. Storheia, kun belager seg på å skille konsekvensene for Storheia fra de andre vindkraftverkene. NVE får ikke fram dette forholdet når de legger vurderingene i konsekvensutredningene til grunn for hvorvidt det skal gis konsesjon.

Sørgruppen anførte at de er kritiske til at utredningene ikke er foretatt av en reindriftssakkyndig.¹²⁷ Utreder og NVE mente imidlertid at utreder hadde tilstrekkelig reindriftsfaglig kompetanse.¹²⁸ Det følger som nevnt i punkt 2.2.1.1 et krav om at utreder har «relevant faglig kompetanse» etter KUF § 17. Det heter i KUF § 1 at formålet med forskriften

¹²⁵ Partiet Rødt og naturvernforbundet har tatt til orde for at miljøstyremaktene selv skal bestille utredningene, se <https://www.nrk.no/vestland/vil-ha-strengare-krav-til-kartlegging-av-naturen-1.15348302>

¹²⁶ NVE, konsesjonsvedtak (2010)

¹²⁷ Ibid. s. 56

¹²⁸ Ibid. s. 57

er å «sikre at hensynet til miljø og samfunn blir tatt i betraktning under forberedelsen av planer og tiltak.» Dette tilsier at det er viktig at en konsekvensutredning danner et faglig godt grunnlag for vurderingen av om tiltak skal iverksettes. Det kan videre tilsi at hensynet bak reglene om relevant faglig kompetanse hos de som utarbeider konsekvensutredning, er at den skal være av en slik kvalitet at den kan danne et faglig godt grunnlag ved vurdering av tiltakets konsekvenser for blant annet reindrift. Dette hensynet taler for at utreder har kompetanse i reindrift og anvender reindriftsfaglige metoder.

I konsekvensutredningene har utrederne ikke vurdert det tradisjonelle aspektet ved reindriften på Fosen i utredningen. Dermed kan det stilles spørsmål ved om kravet til utreder etter KUF § 17 er tilfredsstillt. Det kan også spørres om konsekvensutredningen er i tråd med vern av tradisjonell kulturutøvelse etter SP art. 27.

Protect Sápmi, laget i 2017 en reindriftsfaglig utredning om Storheia vindkraftpark, på initiativ fra Sørgruppen. Det følger av utredningen at:

«[a]nvendelse av akkumulert, reindriftsfaglig kunnskap gjennom bruk av det tradisjonelle reindriftssamiske fagspråket er valgt som en tungtveiende delmetodikk for beskrivelse av reindriften arealbruk.»¹²⁹

Utreder, Protect Sápmi, tar med dette hensyn til tradisjoner og konkrete forhold ved reindriften på Storheia, i motsetning til utrederne i konsekvensutredningene fra 2008 og 2009.

I Reindriftsforvaltningen Nord Trøndelag sin tematiske konfliktvurdering fra 2009 uttalte de at vinterbeite ville gå tapt som følge av utbygging, samt omliggende areal og drivleier. NVE nevner imidlertid ikke dette i konsesjonsvedtaket.¹³⁰

NVE kom ikke med innvendinger på konsekvensutredningene og betvilte ikke den reindriftsfaglige kompetansen til utrederne.¹³¹ I etterkant av gjennomgangen av utredningenes redegjørelse for konsekvensutredningene, konkluderte NVE med at disse er gode nok til å danne grunnlag for konsesjonsbehandlingen. NVE innhentet ikke annen forskning utover den som ble brukt i konsekvensutredningen.

¹²⁹ Protect Sápmi, Reindriftsfaglig utredning Storheia Vindkraftpark og Åarjel-Fovsen Sitje (2017)

¹³⁰ Reindriftsforvaltningen, Tematisk konfliktvurdering av vindkraftprosjekt i Nord Trøndelag (2009)

¹³¹ NVE, konsesjonsvedtak (2010), s. 57

4.1.2 NVEs vurdering av om konsesjon til Storheia vindkraftverk medførte et konsesjonsbrudd

NVE vurderte i konsesjonsvedtaket hvorvidt samiske rettigheter var krenket etter SP art. 27.¹³² I vurderingen av om SP art. 27 er brutt er det viktig å se direkte på verdien til beiteområdet på Storheia. Det fremstår som at NVE legger verdivurderingene fra konsekvensutredningene til grunn for hvorvidt inngrepet er i tråd med SP art. 27. Disse verdivurderingene gir ikke direkte føringer for hvert enkelt vindkraftverk, men er ment å skille mellom de ulike vindkraftverkene på Fosen.¹³³ Når de faktiske forhold i en vurdering av konsesjonsbrudd, ikke samsvarer med realitetene, vil en prøving av SP art. 27 bli illusorisk.

Deretter vurderte NVE om terskelen til SP art. 27 var krenket ved å tillate vindkraftutbygging. NVE uttalte at det var vanskelig å vite hvor terskelen for brudd på SP art. 27 går og at vurderingen således må bero på deres beste skjønn. Basert på NVE sitt skjønn er vindkraftutbygging på Storheia ikke i strid med SP art. 27. NVE uttalte i sin vurdering at de omsøkte vindkraft- eller kraftledningsprosjektene ikke ville «påvirke trekk- og flyttleier på en slik måte at de ikke kan benyttes eller at de blir stengt.»¹³⁴ NVE konkluderte med at en slik vindkraftutbygging ikke vil medføre en nektelse av utøvelse av samisk kultur. NVE kom etter dette til at vindkraftutbyggingen på Storheia ikke ville være i strid med SP art. 27. Det fremstår i denne sammenheng som om NVE setter terskelen for brudd på SP art. 27 ved om inngrepet påvirker trekk eller flyttleier. Dersom NVE hadde foretatt en mer helhetlig vurdering av hvordan vindkraftverket ville påvirke reindriften, utover trekk- og flyttleier, kan det tenkes at vurderingen kunne blitt annerledes.

NVE satt vilkår om at område sør for Laugadalen tas ut av planene, for å bevare trekkleien i Torsengdalen. NVE nevnte kun trekk- og flyttleien ved Torsengdalen. Det eksisterer imidlertid langt flere trekkleier ved Storheia, hele 24 sentrale trekk- og flyttleier i og til området, men disse nevnes ikke.¹³⁵ Det fremstår inkonsekvent at de andre trekk- og flyttleiene ikke er inntatt i konsekvensutredningene eller kommentert av NVE. Det er dermed usikkert om disse er hensyntatt når NVE uttaler at utbyggingen ikke vil komme i strid med trekk- og flyttleier. Trekk- og flyttleier nyter, som nevnt i punkt 2.5.2, et sterkt vern og

¹³² NVE, konsesjonsvedtak (2010), s. 137

¹³³ Se punkt 4.1.1

¹³⁴ NVE, konsesjonsvedtak (2010), s. 141

¹³⁵ Nellemann, Utbygging av vindkraft i Fovsen-Njaarke/Fosen reinbeitedistrikt: Konsekvenser for reindriften i Sørgruppen (2017) på s. 3 med videre henvisninger til Statens reindriftskart, kart, satellittbilder og historisk bruk

stenging medfører et krav om omlegging. Dersom en flyttelei stenges og det ikke lages en ny, vil dette være i strid med reindriftsloven.

Det ble foretatt konsultasjonsmøter med både Fosen reinbeitedistrikt og Sametinget.

Konsultasjon med Fosen reinbeitedistrikt fant sted 04. november 2009 og det ble ikke foretatt flere konsultasjoner på bakgrunn av at representanter fra reinbeitedistriktet ikke så behov for det. Konsultasjon med Sametinget foregikk 14. desember 2009 og 28. januar 2010.

Sametinget anså det videre ikke behov for ytterligere konsultasjon. Det har ikke kommet innsigelser i etterkant fra Sørgruppen om at det ikke var foretatt konsultasjon.

Konsultasjonsprosessen fremstår med dette som ryddig og i tråd med konsultasjonsreglene.

NVE gir tiltakshaver konsesjon til å drive vindkraft på Storheia ved vedtak av 07. juni 2010.

4.2 Konsesjonsvedtaket blir påklaget

I etterkant av NVEs konsesjonsvedtak kom det 30 klager. Reindriftsforvaltningen i Nord-Trøndelag, Sametinget og Sørgruppen, som er noen av klagerne, uttalte at saken ikke er godt nok utredet for å danne grunnlag for et konsesjonsvedtak, da blant annet ikke alle inngrep siden år 1900 er tatt med i vurderingen. De hevdet at en vindkraftutbygging vil medføre at vinterbeite på Storheia går tapt. De fremhevet at hver siida, må vurderes hver for seg.

Klagerne mente at det derfor blir feil når NVE setter Roan- og Storheia vindkraftverk opp mot hverandre i vurderingen av i hvilken grad vindkraftutbyggingen vil påvirke reindriften. En slik vurdering medfører en sammenligning av følgene for nord- og sørgruppen, som er to ulike siidaer. I Rt. 2000 s. 1578 (Seiland), ble en siida tilkjent erstatning for tap av beiteområder og det ble slått fast at hver siida skal vurderes for seg.¹³⁶ Sørgruppen anfører også at det bør ses hen til de samlede virkningene av inngrep for reindriften siden år 1900, når det skal vurderes om det skal tillates en vindkraftutbygging og utreder burde vært reindriftsakkyndig.

NVE tok ikke klagerne til følge, se vedtak av 01. mars 2011.

¹³⁶ Rt. 2000 s. 1578 på s. 1585

4.3 OEDs vurdering av klagen på konsesjonsvedtaket

4.3.1 OEDs vurdering av konsekvensutredningene

OED er som nevnt klageorganet og de måtte derfor overprøve NVEs konsesjonsvedtak.¹³⁷ Departementet vurderte klagen på mangelfull utredning. De sa seg enig med NVE i at saken er tilstrekkelig utredet og at det ikke er krav om å vurdere alle inngrep siden år 1900. Ved vurderingen av om et inngrep er i strid med SP art. 27, må det aktuelle inngrepet kumuleres med tidligere inngrep, for deretter å vurdere inngrepene samlet. I lys av dette utgangspunktet kan det fremstå som uklart i hvor stor grad departementet har lagt dette til grunn for vurderingen. Det vises imidlertid til andre inngrep på Fosen, blant annet hyttebygging.¹³⁸ Departementet har med dette sett på tidligere inngrep, men det er uklart i hvor stor grad disse tidligere inngrepene er hensyntatt i vurderingen av om vindkraftverket er i strid med SP art. 27. Fosen er som nevnt, det reinbeiteområdet med størst hytteutbygging i Norge.¹³⁹ Dette kommer ikke klart frem i verken konsekvensutredningene eller OEDs vurdering og det fremstår uklart hvordan hyttebyggingen er hensyntatt.

På tross av at klage om mangelfull konsekvensutredning var et tema for flere av klagerne, foretok ikke departementet en selvstendig vurdering av konsekvensutredningene og deres kvalitet, men uttalte kun at «departementet [slutter] seg til NVEs vurdering av klagen, hvor det redegjøres for de utredninger som er gjennomført både av de enkelte prosjekter og av de samlede virkninger.»¹⁴⁰

OED uttalte at konsekvensutredningene viser at kunnskapen om effekter av vindturbiner på rein er mangelfull.¹⁴¹ Deretter trakk OED fram de samme studiene som ble lagt frem i konsekvensutredningene fra både 2008 og 2009 og konkluderte med at de nye studiene som følger av tilleggsutredningen viser til at konsekvensene for reindriften blir mindre enn antatt.¹⁴² OED sa dermed ikke noe om at de nye studiene som følger av tilleggsutredningen er usikre, eller trakk frem annen forskning enn den som følger av de to konsekvensutredningene.

¹³⁷ OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013)

¹³⁸ Ibid. punkt 5.15.4

¹³⁹ Se punkt 3.2.2

¹⁴⁰ OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013) s. 90

¹⁴¹ Ibid. s. 97

¹⁴² Ibid. s. 98

4.3.2 OEDs vurdering av om konsesjon til Storheia vindkraftverk medførte et konsesjonsbrudd

Storheia vindkraftverk ble redusert fra 260 MW til 220 MW i NVEs konsesjonsvedtak.¹⁴³

Dette vektla departementet i favør av at Sørgruppens vinterbeite på Storheia ikke vil gå tapt som følge av utbyggingen og vurderte deretter om vedtaket var i strid med SP art. 27.¹⁴⁴

Departementet anså det som et relevant moment at flere andre vindkraftverk på Fosen som ville påvirket Sørgruppen, ble avvist av NVE. Ved å legge fram dette som et ledd i vurderingen av om det foreligger brudd på SP art. 27, virker det som OED mener at det må vektlegges at det kunne vært bygd ut flere vindkraftverk. Når NVE da ikke har godkjent flere vindkraftverk, er dette et moment i vurderingen av vedtaket om konsesjon til Storheia vindkraftverk er i tråd med SP art. 27. Sørgruppen anførte imidlertid at Storheia vindkraftverk som sådan er i strid med SP art. 27, da en utbygging på Storheia vil medføre en krenkelse av deres rett til kulturutøvelse. I det spørsmålet er det irrelevant om andre vindkraftverk ikke har fått konsesjon. Det fremstår derfor som en tilfeldig kommentar i OEDs vurdering og uklart om OED har vektlagt dette i vurderingen av om konsesjon til Storheia strider med SP art. 27.

Det heter videre i OEDs vedtak at «fordelene i form av ny fornybar energiproduksjon må veie tungt i avveiningen mot de ulempene tiltakene medfører for reindriften.»¹⁴⁵ Vernet etter SP art. 27 er som nevnt i punkt 2.5.1 absolutt, som betyr at et inngrep som skader reindriften ikke kan rettes opp ved å si at fordelene ved inngrepet er større enn ulempene. Basert på ovennevnte uttalelse kan det imidlertid fremstå som at OED har foretatt en interesseavveining på linje med vurderingen etter orl. § 2 annet ledd.¹⁴⁶ Departementet konkluderte så med at Storheia vindkraftverk ikke er i strid med SP art. 27. OED har med dette vurdert hvorvidt konsesjonsvedtaket medfører en nektelse av kulturutøvelse for Sørgruppen.¹⁴⁷

Departementet avholdt konsultasjon med Nordgruppen 14. mars 2013, med Sørgruppen 13. mai 2013 og med Sametinget 15. august 2013.

¹⁴³ Samlet effekt på anlegget ble økt til 288 MW i 2015, se punkt 6.3

¹⁴⁴ OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013), s. 81-90

¹⁴⁵ Ibid. s. 114

¹⁴⁶ Se punkt 2.3

¹⁴⁷ OED hadde i Kalvvatnan-saken en annen forståelse av statens skjønnsmessige adgang, se punkt 5.2

OED konkluderte med at SP art. 27 ikke er brutt og opprettholdt i det vesentligste NVE sitt konsesjonsvedtak ved vedtak av 26. august 2013.¹⁴⁸

4.4 Oppsummering

Konsekvensutredningene og forvaltningsvedtakene gir ikke det fulle bildet av forholdene ved Storheia.¹⁴⁹ Ved å undersøke andre kilder, som for eksempel Statens reindriftskart og annen forskning om reindrift og vindkraftverk, ser man at det er faktiske forhold på Storheia som ikke følger av forvaltningsprosessen. En forutsetning for å ivareta samiske rettigheter, er at de faktiske forhold som legges til grunn i vedtak, er i tråd med realitetene. Ved en eventuell domstolsbehandling i etterkant av forvaltningsprosessen, vil det kunne være vanskelig å få et bilde av de faktiske forholdene dersom disse ikke følger av forvaltningsprosessen.

Det absolutte vernet som følger av SP art. 27 er bestemmelsens kjerne. Overvekt av fordeler kan ikke gjøre et inngrep lovlig dersom terskelen etter SP art. 27 er overtrådt. SP art. 27 skal jevne ut maktforholdet mellom storsamfunnet og etniske minoriteter, ved å sørge for en reell likestilling ved å gi minoritetene særrettigheter. OEDs vurdering er uklar på dette punktet, som medfører en usikkerhet i hvorvidt SP art. 27 er tolket i tråd med dens absolutte vern.

5 Sammenligning av forvaltningspraksis- Fálesrášša- og Kalvvatnan vindkraftverk

I det følgende vil klagevedtakene fattet av OED i sakene om Fálesrášša- og Kalvvatnan vindkraftverk gjennomgås, med fokus på departementets gjennomgang og vurdering av vedtakenes gyldighet opp mot SP art. 27. Dette er to av få saker hvor NVEs konsesjonsvedtak opphørte som følge av departementets overprøving. Disse sakene vil gjennomgås, for deretter å sammenligne OEDs fremgangsmåte med Storheia-saken.

5.1 Fálesrášša

I 2013 vedtok NVE et konsesjonsvedtak som ga tiltakshaver, Aurora Vindkraft AS, konsesjon til å bygge og drive Fálesrášša vindkraftverk i Kvalsund kommune. Vedtaket ble påklaget og overprøvd av OED.¹⁵⁰

¹⁴⁸ OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013), s. 115

¹⁴⁹ Se kapittel 3 og 4

¹⁵⁰ OED, Aurora Vindkraft AS – klagebehandling av konsesjon til etablering av Fálesrášša vindkraftverk i Kvalsund kommune (2015)

I den konkrete vurderingen av om konsesjon til Fálesrásša vindkraftverk ville overstige den absolutte terskelen som SP art. 27 oppstiller, viste departementet til tidligere inngrep på området, som Skaidi hyttelandsby og kraftledninger. Deretter konkluderte departementet med at summen av alle inngrep «kan være til hinder for at reindriften i distriktet kan opprettholdes i det omfang den har i dag.»¹⁵¹ Ved å vise til at det er relevant at det «omfang den har i dag» ikke kan opprettholdes, vises det til at en minskning av det omfang reindriften har i dag, kan medføre en minskning som tilsier en krenkelse av retten til kulturutøvelse. OED tok klagen tilfølge og opphevet NVEs konsesjon.

5.2 Kalvvatnan

NVE vedtok i 2014 et konsesjonsvedtak som ga tiltakshaver, Fred. Olsen Renewables AS, konsesjon til å bygge og drive Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner. Vedtaket ble påklaget og overprøvd av OED.¹⁵²

Ved gjennomgangen av SP art. 27, uttalte OED at selv om et tiltak i seg selv ikke medfører en krenkelse, kan tiltaket likevel medføre en krenkelse når det vurderes i lys av tidligere og kommende inngrep.¹⁵³ Videre følger det at «den ordinære samfunnsmessige avveiningen [ikke kan] legges til grunn for om konsesjon skal gis» i de tilfellene hvor inngrepet kan komme i strid med «folkerettens materielle urfolksvern.»¹⁵⁴ Staten har ingen skjønnsmargin og vernet etter SP art. 27 er absolutt. Det betyr at selv om et tiltak omhandler et samfunnsgode, som fornybar energi, så har samer et absolutt vern etter SP art. 27.

Vedrørende det faktiske grunnlaget i vurderingen av om en vindkraftutbygging ville medføre krenkelse av samenes kulturutøvelse, måtte OED ta standpunkt til hvordan vindkraftverk generelt påvirker reindrift. OED viste til forskning utover den som fulgte av sakens konsekvensutredning. De viste blant annet til en svensk studie fra Vindal i regi av universitetet i Uppsala, hvor det fulgte at vindkraftutbygging hadde betydelige skadevirkninger på reindrift.¹⁵⁵

¹⁵¹ OED, Aurora Vindkraft AS – klagebehandling av konsesjon til etablering av Fálesrásša vindkraftverk i Kvalsund kommune (2015) s. 7

¹⁵² OED, Fred Olsen Renewable AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner – klagesak (2016)

¹⁵³ Ibid. s. 3

¹⁵⁴ Ibid s. 13

¹⁵⁵ Studiet har blitt anvendt av svenske domstoler i favør av at utbygging får store konsekvenser for reindriften, se eksempelvis UMEÅ TINGSRÄTT DOM Mål nr M 1425-15 Mark- och miljödomstolen 2016-11-23

OED gjennomgikk hvordan utbyggingen ville påvirke en flyttlei og viste til at det vil stride mot reindriftsloven § 22 dersom den stenges. Departementet la dermed til grunn at dersom en flyttlei stenges og det deretter viser seg vanskelig å finne et «fullgodt alternativ til denne flyttleien», så kan det medføre brudd på reindriftslovens § 22. Vernet etter reindriftsloven løftes med dette fram i Kalvvatnan saken.¹⁵⁶

Det er videre et eget punkt om den sørsamiske kulturen, hvor det følger at reindriften er en «bærebjelke» for hele den sørsamiske kulturen. Det vises særskilt til viktigheten av reindriften for det sørsamiske språket, som er på UNESCOs liste over truede språk.¹⁵⁷

I vurderingen av om det skulle gis konsesjon til Kalvvatnan vindkraftverk, vektla departementet tidligere inngrep, slik som en rekke kraft- og infrastrukturinngrep og konkluderte med at:

«(...) det er en overliggende fare for at summen av etablerte inngrep i distriktet sammen med etablering av vindkraftverket kan være til hinder for at reindriften i distriktet kan opprettholdes i det omfang den har i dag.»¹⁵⁸

Det sentrale i denne uttalelsen er at det er nok med en «overliggende» fare og at reindriften ikke kan driftes i det «omfang den har i dag» for å konstatere brudd på SP art. 27. Ved å vise til omfanget, vises det til at også endringer i reindriften kan medføre at et inngrep er ulovlig, jf. SP art. 27. Viktigheten av å ivareta sørsamisk kultur ble vektlagt i favør av at det ikke skulle gis konsesjon, da det ville medføre en fare for at den ikke ville bestå.

5.3 Sammenligning av bruk av forskning vedrørende utbygging og reindrift

I Storheia-saken virker det som konsekvensutredningene kun legger fram en side av forskningen og NVE og OED innhenter ikke ytterligere forskning enn den som følger av konsekvensutredningen.¹⁵⁹ Mens i Kalvvatnan-saken viser OED til annen forskning enn den som fulgte av konsekvensutredningene. OED tar selvstendig stilling til de foretatte utredningene i Kalvvatnan-saken og vektlegger at de studiene som følger av

¹⁵⁶ OED, Fred Olsen Renewable AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner – klagesak (2016), s. 8

¹⁵⁷ Ibid. s. 12 punkt 4-7

¹⁵⁸ Ibid. s. 13

¹⁵⁹ Se punkt 3.2

konsekvensutredningen er usikre. Også i Storheia-saken fremgår det at studiene som omhandler vindkraftverks påvirkning på reinbeite er usikre, likevel blir de tungt vektlagt av både NVE og OED.

OEDs vedtak i Storheia-saken fattes tre år etter NVEs vedtak. Konsekvensutredningene som brukes er fire og fem år gamle. Dette tilsier at det nok eksisterer nyere forskning når OED fatter sitt vedtak, men det blir ikke innhentet.

Et relevant eksempel på bruk av forskning i saker om inngrep på reinbeiteområder, er Vannøya-saken. Vannøya-saken var oppe til doms i Nord-Troms tingrett. Saken omhandlet utbygging av et vindkraftverk på Fakken. De berørte reieneierne anførte at utbygging var i strid med SP art. 27.¹⁶⁰ Retten tok i denne saken selvstendig stilling til forskning vedrørende vindkraftverks betydning for reinbeiter. Retten kom med uttalelser som omhandlet vekten til forskning fremlagt av utbygger i tilknytning til vindkraftutbyggingen. Domstolen uttalte at forskningen får liten tyngde, ettersom den ikke samsvarer med den «omfattende litteraturen som finnes om reinens respons på inngrep i leveområdet.»¹⁶¹ Dette viser at retten har anvendt forskning utover det utbygger legger fram.

Det er vanskelig å vite om et forvaltningsvedtak som ikke har vurdert annen forskning utover den som følger av konsekvensutredningen, er korrekt. Dette utgjør et spørsmål om forvaltningsorganers kvalitetssikring av konsekvensutredninger. Arne Tesli viser til at offentlige høringsinstansers rolle i kvalitetssikringen av konsekvensutredninger ikke alltid er gode nok og det spørres om det kan være behov for «et eget organ eller ordning for å sikre mer uavhengig gjennomgang og vurdering av konsekvensutredningers kvalitet.»¹⁶² Storheia-saken kunne vært tjent med et organ som gjennomgår konsekvensutredningens kvalitet. Siden det som nevnt ikke fremstår som om konsekvensutredningen gir det fulle bilde av eksisterende forskning vedrørende vindkraft og reindrift.¹⁶³ Verken NVE eller OED innehar spesiell kompetanse om reindrift og det bør også av denne grunn være et annet organ som gjennomgår kvaliteten på innholdet i konsekvensutredninger.

¹⁶⁰ 07-189641 SKJ-NHER/08-1955638 KJ-NHER

¹⁶¹ Ibid. (Dommen er uten sidetall og avsnittsnummer)

¹⁶² Holth og Winge (2014) s. 268

¹⁶³ Se punkt. 3.2.3

Det er viktig at organet som skal avgjøre hvorvidt vindkraftutbygging skal tillates på reinbeiteområder, er oppmerksom på forskning utover den tiltakshaver legger fram. Dersom reindriftsutøvere skal ha et reelt vern i vindkraftutbyggingssaker, er det viktig at forvaltingsorganene legger til grunn korrekte forskningsgrunnlag ved vurderingen av om inngrepet er i strid med SP art. 27. I motsatt fall vil vernet etter SP art. 27 være illusorisk.

5.4 Sammenligning av vurderingene av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27

Både NVE og OED mente at en utbygging på Storheia ville medføre endringer i beiteområdene, men anså vinterbeite på Storheia til å kunne brukes også i etterkant av vindkraftutbyggingen. I Storheia-saken gikk ikke OED nærmere inn på om endringene i beiteområdene kunne være nok til at den absolutte grensen etter SP art. 27 var nådd. Det fremstår dermed som OEDs vurdering av vindkraftutbygging på Fálesrášša og Kalvvatnan er mer i tråd med SP art. 27.

I Storheia-saken viste ikke OED til at reindriftsutøverne på Storheia er sørsamer, som er en sårbar kultur. Ved Kalvvatnan vindkraftverk vektla OED på den andre siden viktigheten av å videreføre den sårbare sørsamiske kulturen og språket.

Ved både Kalvvatnan- og Fálesrášša vindkraftverk viser OED til tidligere inngrep og andre påvirkningsfaktor for reinbeite og vektlegger dette når de vurderer om vindkraftverket kan gis konsesjon. Mens i Storheia-saken blir tidligere inngrep ikke trukket inn i deres samlede vurdering og det fremstår som usikkert i hvilken grad en slik kumulering av inngrep som skal foretas etter SP art. 27, faktisk ble foretatt.¹⁶⁴ Det er nok på denne bakgrunn at Sørgruppen mener at det bør legges frem alle inngrep siden år 1900.¹⁶⁵

OED uttalte i Kalvvatnan-saken at staten ikke har en skjønnsmargin etter SP art. 27. Mens i Storheia-saken mente OED at vernet ikke var helt absolutt, da blant annet «fordelene i form av ny fornybar energiproduksjon må veie tungt i avveiningen mot de ulempene tiltakene medfører for reindriften». Det fremstår med dette som OED i Kalvvatnan-saken har en forståelse av SP art. 27 som er mer i tråd med menneskerettighetskomitéens forståelse, jf.

¹⁶⁴ Se punkt 2.5.1

¹⁶⁵ NVE, Sammenfatning og vurdering av klager på NVEs vedtak av 07.06.10 om anleggskonsesjoner og ekspropriasjonstillatelser (2011), s. 19

punkt 2.5.1. Dersom det tillegges en skjønnsmargin for staten medfører dette at formålet med SP art. 27 om å verne minoriteter for inngrep fra storsamfunnet ikke kommer til uttrykk.

OED vurderte i Fálesrášša- og Kalvvatnan-sakene om vindkraftverket ville medføre at dagens «omfang» av reindriften endres, mens det i Storheia-saken var klart at vindkraftverket ville medføre negative konsekvenser. Det fremstår som om det er lagt til grunn en ulik terskel for når det foreligger brudd på SP art. 27 i disse tre vurderingene. Det er klart at Storheia vindkraftverk vil endre reindriften slik det er i dag, da det vil bygges vindkraftverk på et av driftsgruppens viktige vinterbeiter. For det tilfellet at vinterbeite ikke blir ødelagt, er det uansett klart at dagens omfang vil endres. Dersom OED hadde lagt til grunn samme terskel som ble anvendt i Fálesrášša- og Kalvvatnan-sakene i Storheia-saken, kan det fremstå som om den absolutte terskelen for inngrep i samisk kultur hadde vært nådd, som ville medført at det ikke kunne gis konsesjon til vindkraftutbygging på Storheia. Fálesrášša- og Kalvvatnan-sakene ble vurdert av OED i etterkant av Storheia-saken og det kan dermed virke som om OED har lagt om praksisen sin. Man kan derfor spørre seg om Storheia-saken ville fått et ulikt utfall dersom den hadde blitt avgjort av OED i etterkant av Kalvvatnan-saken.

6 Den videre forvaltningsprosessen ved vindkraftutbyggingen på Storheia

I dette kapitlet vil vedtakene om ekspropriasjon, forhåndstiltredelse, økt installert effekt og MTA-plan for Storheia vindkraftverk gjennomgås i kronologisk rekkefølge. Formålet med gjennomgangen er å synliggjøre i hvilken grad samiske rettigheter ivaretas ved de ulike vurderingene.

6.1 Ekspropriasjon for vindkraftutbygging på Storheia

Departementet vurderte i konsesjonsvedtaket om det var ekspropriasjonsadgang for tiltakshaver på Storheia.¹⁶⁶ Et vilkår for å kunne tillate ekspropriasjon er som nevnt i punkt 2.3 at fordelene ved ekspropriasjon må være større enn ulempene. Det må med dette foretas en interesseavveining.¹⁶⁷ Departementet henviste til interesseavveiningen som ble foretatt i tilknytning konsesjonstildelingen og viste til at denne også gjør seg gjeldende ved ekspropriasjonsvurderingen. Departementet konkluderte med at ekspropriasjon ville medføre

¹⁶⁶ OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013), punkt 9

¹⁶⁷ Se punkt 2.4

større fordeler enn ulemper. SP art. 27 utgjør en absolutt grense og er en ytterligere skranke enn interesseavveiningen. Dette følger imidlertid ikke direkte av OEDs vurdering. Det må likevel forstås slik at når departementet henviser til interesseavveiningen for konsesjon, så viser de også til den tilknyttede vurderingen av SP art. 27.

Departementet ga 26. august 2013 samtykke til ekspropriasjon for å bygge vindkraftverket.¹⁶⁸

6.2 Samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprieerte

Tiltakshaver søkte i første omgang om tillatelse til forhåndstiltredelse samtidig som tillatelse til konsesjon. Departementet ga imidlertid ikke samtykke til forhåndstiltredelse, begrunnet i at skjønn ikke var fremmet.¹⁶⁹ Tiltakshaver begjærte skjønn ved Inntrøndelag tingrett den 25. august 2014 og søkte på nytt om samtykke til forhåndstiltredelse den 29. september 2014.

6.2.1 OEDs vedtak om forhåndstiltredelse

Tiltakshaver, Fosen Vind AS' søknad om forhåndstiltredelse ble sendt på høring og deretter foretok OED en vurdering av om det var adgang til å gi samtykke til forhåndstiltredelse.

I departementets vurdering viste de på den ene siden til at tiltakshaver, Fosen Vind AS, har et behov for å komme i gang med utbygging før skjønn er avholdt, på bakgrunn av at fristen for idriftsettelse for at vindkraftverkene skal kvalifisere rett til el-sertifikater.¹⁷⁰

På den andre siden er det hensynet til ekspropriet, hvor det sentrale er hvorvidt det kan være sannsynlig at ekspropriasjonsvedtaket er ugyldig. Hva angår vedtakets gyldighet viste departementet til sitt konsesjonsvedtak av 2013, hvor folkerettens terskel er gjennomgått.

Departementet kom så til at det kunne gis samtykke til forhåndstiltredelse. Det er med dette det samme organ som har fattet konsesjon og ekspropriasjonsvedtaket, som også skal gi samtykke til forhåndstiltredelse og prøve sannsynligheten for at ekspropriasjonsvedtaket er ugyldig. Det kan imidlertid spørres om dette medfører en reell overprøving.

Sørgruppen anførte blant annet at folkerettens terskel anses for å ligge på tapet av en siidaandel, altså at det ikke vil være levebrød for en siida. Departementet viste her som nevnt til sitt eget konsesjonsvedtak av 2013. Hvorvidt folkerettens terskel lå på tapet av en

¹⁶⁸ OED, Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak (2013), s. 128

¹⁶⁹ Ibid. s. 128-129

¹⁷⁰ OED, Fosen Vind AS - vindkraftverk på Fosen - samtykke til forhåndstiltredelse (2014)

sidaandel, ble ikke vurdert i konsesjonsvedtaket. Det fremstår derfor som lite grundig å kun henvise til sitt tidligere konsesjonsvedtak. Sørgruppen får ikke en ny prøving av sakens forhold og OEDs vurdering i vedtaket om samtykke til forhåndstiltredelse får ingen selvstendig betydning for ekspropriat. Det kan reises tvil hvorvidt en slik rettsanvendelse innebærer en ivaretagelse av ekspropriatens rettssikkerhet.

OED ga samtykke til forhåndstiltredelse ved vedtak av 22. desember 2014.

6.2.2 Rettslig prøving av forhåndstiltredelsen

Namsmannen i Fosen traff 22. april 2015 beslutning om besittelsestakelse av Fosen for tiltakshaver. Sørgruppen påklaget namsmannens vedtak den 13. mai 2015 og namsmannen oversendte klagen til Fosen tingrett den 18. mai 2015. Prosjektet ble satt på vent i en periode på grunn av manglende lønnsomhet, men ble gjenopptatt i august 2016. Sørgruppen ba dermed Fosen tingrett om å avgjøre den innsendte klagen. Fosen tingrett avviste klagen ved kjennelse av 2. november 2016. Sørgruppen anket tingrettens avgjørelse til Frostating lagmannsrett, som forkastet anken i kjennelse av 3. mars 2017. Avgjørelsen ble deretter anket til Høyesterett, hvor de opphevet tingretten og lagmannsrettens kjennelser i kjennelse av 29. juni 2017, siden det var en feil at klagen ikke ble realitetsbehandlet.

Fosen tingrett måtte realitetsbehandle klagen og avsa 22. desember 2017 kjennelse om at klagen over namsmannens beslutning om besittelsestakelse ikke tas til følge.¹⁷¹ Tingretten foretok ikke en prejudisiell vurdering av om vedtaket med sannsynlighet kan anses som ugyldig. Tingretten viste heller til at ekspropriasjonsvedtaket skal avgjøres av lagmannsretten i skjønnsaken og dermed kan ikke tingretten «se saken på noen annen måte at dette spørsmålet nå verserer for lagmannsretten.» Det fremstår med dette som om det ikke er noe Sørgruppen kan foreta seg for å stoppe en utbygging. En rettskraftig avgjørelse i skjønnsaken vil som nevnt foreligge i etterkant av utbyggingen og man kan reise spørsmålet om vernet etter SP art. 27 blir reelt ivaretatt ved et slikt rettssystem.

Sørgruppen anket til lagmannsretten og anførte at domstolstilgangen, ved at det kan iverksettes irreversible skader før gyldigheten av ekspropriasjon er rettskraftig avgjort, ikke gir en effektiv prøvingsrett. I teorien kan domstolen komme til at SP art. 27 er brutt i etterkant av at inngrepet er foretatt. Inngrepet kan medføre irreversible skader, som i det følgende

¹⁷¹ TFOSN-2017-113370

medfører at visse skader ikke kan rettes, selv om inngrepet er i strid med SP art. 27. Inngrepets skader kan medføre at samer ikke lenger kan drive med reindrift, selv om inngrepet i etterkant viser seg å være i strid med SP art. 27. En slik domstolsprøving samsvarer ikke med hensynet bak SP art. 27, som er å verne etniske minoriteters rett på kulturutøvelse. Lagmannsretten kom imidlertid til at forholdet i denne saken ikke var i strid med retten til en effektiv domstolsprøving.¹⁷² Anken til Høyesterett ble ikke tatt til følge¹⁷³, dermed er lagmannsrettsdommen rettskraftig.

Verken tingretten eller lagmannsretten foretok en overprøving av vurderingen om forhåndstillatelse skulle gis. Det er således departementet som gir konsesjons- og ekspropriasjonstillatelse samt samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprieerte.

På den ene siden er det viktig å kunne forhåndstiltre det eksproprieerte, ettersom slike prosesser normalt tar svært lang tid og det er mer effektivt og kostnadsbesparende. På den andre siden ser man at dersom det er mangler ved konsekvensutredninger så vil det kunne medføre et feilaktig bilde for om det skal gis forhåndstillatelse til det eksproprieerte.

Det kan også stilles spørsmål til om rettssikkerheten til eksproprieert ivaretas i tilstrekkelig grad, når forvaltningen kan fatte en slik stor avgjørelse, uten at vedtaket er rettslig prøvd. Et motargument til dette er at man kan få prøvd vedtaket om forhåndstiltredelse rettslig. Det foretas likevel en grundigere vurdering av vedtakets gyldighet i skjønnsaken sammenlignet med den rettslige prøvelsen av et vedtak om å godkjenne forhåndstiltredelse av det eksproprieerte. Rettssikkerhet for eksproprieert fremstår som svak ved et slikt system.

6.2.3 FNs rasediskrimineringskomité ber Norge stanse utbyggingen

Komiteen som overvåker FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, (CERD), anmodet ved brev av 10. desember 2018 Norge om å stanse byggingen av Storheia vindkraftverket mens komiteen behandler Sørgruppens klage på utbyggingen på Storheia. Anmodningen kom etter at Sørgruppen hadde klaget vindkraftutbyggingen på Storheia inn for CERD oktober 2018.

¹⁷² LF-2018-34498

¹⁷³ Anke til Høyesterett forkastet, se HR-2018-1833-U

Departementet viste til at anmodninger fra CERD ikke er rettslig bindende og tok ikke anmodningen til følge.¹⁷⁴ De uttalte at det har vært foretatt grundige overveielser og kommet til at byggingen ikke skal stanses. OED vektla at domstolsbehandlingen ikke er ferdig og at brudd på ICERD ikke har vært anført i verken forvaltnings- eller domstolsprosessen.

Departementet viste til den grundige vurderingen av konsesjonsvedtakets gyldighet opp mot vernet i SP art. 27 som ble foretatt i klagevedtaket av 2013, som begrunnelse for å ikke imøtegå anmodningen om byggestans.¹⁷⁵

Igjen vises det til OEDs vurdering av folkeretten i klagevedtak av 2013. Det fremstår med dette som om uansett hva Sørgruppen gjør for å stanse utbyggingen, så henvises det tilbake til vurderingen fra 2013. Sørgruppen mener imidlertid at vurderingen fra 2013 ikke er i tråd med de faktiske forholdene. Det styrker ikke sørgruppens rettsikkerhet at det gjentatte ganger henvises til klagevedtaket og ikke foretas en ny vurdering av de ulike organene.

6.3 Økt installert effekt

Fosen Vind AS sendte i mars 2015 søknad om økt installert effekt for Roan og Storheia vindkraftverk. NVE godkjente søknaden i vedtak av 11. mai 2015. Vedtaket ble deretter påklaget og klagesaken ble oversendt til OED i juni 2015. OED opphevet NVEs vedtak i brev av 18. november 2015 og sendte saken tilbake til NVE for ny behandling, for å få en mer samlet vurdering. Fosen Vind sendte ny søknad om økt installert effekt den 30. november 2015, hvor de søkte om økt effekt for Storheia vindkraftverk fra 220 MW til 288 MW, en økning på 8 vindturbiner. I tilknytning til søknad om økt installert effekt, innhentet tiltakshaver en rapport vedrørende miljøvurderingene knyttet til endringen, altså en konsekvensutredning.¹⁷⁶

Under høringsuttalelsene kom Sørgruppen med innsigelser på søknaden om økt installert effekt. De anførte at de ekstra 8 vindturbinene og den økte trafikken ville medføre at terskelen for inngrep etter SP art. 27 var overtrådt. Samt at dette medfører en «bit for bit»-utbygging.

NVE uttalte at de ikke anså den utvidede vindkraftutbyggingen på Storheia til å være en del av en «bit for bit»- utbygging ettersom utvidelsen ikke overstiger antall turbiner som det opprinnelig var gitt konsesjon til i 2010. Dette begrunnes med at dagens teknologi har

¹⁷⁴ Pressemelding av dato 21.12.2018, nr 076/18

¹⁷⁵ Se svar fra OED i: Dokument nr. 15:594 (2018-2019) og Dokument nr. 15:616 (2018-2019)

¹⁷⁶ Multiconsult, Miljøvurderinger (2015)

medført at det kan være mer kraft i hver turbin og utbygger behøver således færre turbiner nå for å få den samme samlede effekten som i 2010.¹⁷⁷

Hva angår innsigelsen om at folkerettens terskel er overtrådt, viser NVE til OEDs konsesjonsvedtak av 2013. Det er imidlertid en annen situasjon når det nå søkes om mer kraft enn hva som var tilfellet i 2013. At vindmøllene er større og krever større veier medtas for eksempel ikke i vurderingen av om det foreligger et konsesjonsbrudd. Det fremstår som lite presist når NVE nøyer seg med å henvise til OEDs vedtak. Rapporten fra Multiconsult viser at økningen i installert effekt kan medføre et noe større arealinngrep.¹⁷⁸ Det fremstår imidlertid ikke som om NVE vektla dette, da de uttalte at endringene ikke vil bli merkbare for reindriften.¹⁷⁹ Sørgruppen mente selv at en slik endring ville medføre økte konsekvenser for reindriften. OED la i klagevedtaket fra 2013 vekt på at samlet effekt ble nedsatt fra 260 MW til 220 MW, da de kom til at inngrepet ikke medførte brudd på SP art. 27.¹⁸⁰ Når det nå foretas et større arealinngrep enn hva som var lagt til grunn i 2013, kan det spørres om det burde vært foretatt en ny utredning av om inngrepet var i tråd med SP art. 27.

I medhold av energiloven § 3-1 ga NVE tillatelse til å øke installert effekt fra 220 MW til 288 MW.¹⁸¹ NVE vektla viktigheten av å øke den installerte effekten på Storheia for å optimalisere prosjektet, da de andre prosjektene ble mindre. En slik optimalisering skjer imidlertid på bekostning av beiteområder.

NVEs vedtak ble påklaget og departementet måtte fatte et klagevedtak. Departementet viste til at resultatet av å godkjenne økt installert effekt vil ligge innenfor rammene av hva som var tiltenkt ved tildeling av konsesjon i 2013. Departementet kom så til at de omsøkte endringene ikke ville «medføre økte skadevirkninger av betydning for berørte interesser», deriblant reindrift.¹⁸² Departementet godkjente søknad om økt installert effekt.

¹⁷⁷ NVE, Vedtak om endring av installert effekt (2015), s. 4

¹⁷⁸ Multiconsult, Miljøvurderinger (2015)

¹⁷⁹ NVE, Vedtak om endring av installert effekt (2015), s. 4

¹⁸⁰ Se punkt 4.3.2

¹⁸¹ NVE, vedtak om endring av installert effekt (2015)

¹⁸² OED, Vindkraftverk på Fosen -klage på vedtak om effektendringer (2016), s. 14

6.4 Miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) og detaljplan

Tiltakshaver fremla i 2016 en MTA-plan med detaljplan for Storheia vindkraftverk, utarbeidet av Multiconsult.¹⁸³ NVE måtte deretter vurdere om denne skulle godkjennes.¹⁸⁴

Sørgruppen anførte at MTA-plan ikke var utarbeidet i samråd med Sørgruppen, slik det var satt vilkår om i NVEs og OEDs konsesjonsvedtak. På denne bakgrunn mente de at MTA-planen ikke hadde hensyntatt reindriftens behov.

NVE viste til at det er viktig å sikre kommunikasjon med reindriftsutøverne, slik som forutsatt i konsesjonsvedtaket og vurderte dermed hvorvidt det hadde vært tilstrekkelig kommunikasjon mellom tiltakshaver og reindriftsgruppen. NVE viste til blant annet referat fra dialogmøter av 31. oktober 2014 og 14. april 2016, Fosen Vind sin redegjørelse av 29. april 2016 og MTA-planens kapittel 6 som grunnlag for kommunikasjon og anså på denne bakgrunn kommunikasjonen som tilstrekkelig.¹⁸⁵ NVE godkjente MTA- og detaljplanen.

6.5 Oppsummering

I både vedtak om ekspropriasjon, samtykke til forhåndstiltredelse av det eksproprierede og økt installert effekt, viste forvaltningen til OEDs vurdering av SP art. 27 foretatt i klagevedtaket av 2013. Det foretas med dette ikke en selvstendig vurdering av hvorvidt endringene vil medføre brudd på SP art. 27. Et slikt system ivaretar i liten grad samenes rettigheter.

7 Lagmannsrettens avgjørelse i Storheia-saken

7.1 Kort om domstolsprosessen i Storheia-saken

Skjønnsretten ved Fosen tingrett avholdt skjønn i juni 2017 om konsesjonsvedtaket var gyldig. Skjønnsretten konkluderte med at konsesjonsvedtaket i Storheia-saken var gyldig.¹⁸⁶ Sørgruppen anket og overskjønn ble holdt i Frostating lagmannsrett desember 2019.¹⁸⁷

¹⁸³ Multiconsult, Miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) med detaljplan for Storheia vindkraftverk (2016)

¹⁸⁴ NVE, Fosen Vind AS, Åfjord og Bjugn kommuner, Sør-Trøndelag - godkjenning av detaljplan og miljø-, transport- og anleggsplan for Storheia vindkraftverk (2017)

¹⁸⁵ Ibid. s. 10

¹⁸⁶ 14-136323 SKJ-INTR

¹⁸⁷ LF-2018-150314 – LF-2018-150323 – LF-2018-150327 (Dommen ligger på Lovdata uten sidetall eller avsnittsnummer)

Lagmannsretten tok stilling til flere spørsmål. Det vil imidlertid kun redegjøres for hvorvidt konsesjonsvedtaket til Storheia vindkraftverk medførte en krenkelse av SP art. 27, ettersom NVE og OED foretok en vurdering av dette i konsesjonsprosessen.

7.2 Lagmannsrettens vurdering av om vindkraftverket på Storheia medførte et konsesjonsbrudd

Lagmannsretten tok stilling til hvorvidt vindkraftutbyggingen på Storheia var av en slik «kvalifisert art» at konsesjonsvedtaket var ugyldig etter SP art. 27.

Før retten kunne ta stilling til om konsesjonsvedtaket var ugyldig, måtte de på generelt grunnlag vurdere vindkraftverks påvirkning på reindrift. Reindriftsutøverne mente at reinen ville unnvike områder med vindkraftverk, mens utbygger mente at vindkraftverk og reindrift er forenelig.

For å avgjøre spørsmålet foretok lagmannsretten en vurdering av forskningen på område. De viste i den sammenheng til flere studier, også utover de som ble nevnt i konsekvensutredningene. De viste blant annet til at to studier, som omhandlet «høytliggende sommerbeiteområder på halvøy», ikke har noe særlig overføringsverdi til forholdene på Storheia. Retten tok med dette selvstendig stilling til ulike studier og deres overføringsverdi til vindkraftverket og reinbeite på Storheia. En av de to studiene retten viste til er studie fra Kjøllefjord. Den samme studien ble av utreder i konsekvensutredningen fra 2009 vektlagt i favør av at reindriften ikke ville bli særlig påvirket av vindkraftverket. Retten mente på sin side at studien hadde liten overføringsverdi til Storheia.

Domstolen kom til at det forelå et «solid vitenskapelig grunnlag for at reinen i betydelig grad vil unnvike vindkraftanlegg der hvor den har alternative beiteområder å trekke mot.»

Retten konkluderte deretter med at reinen ville unnvike områdene med vindkraftverk. Dernest tok retten stilling til spørsmålet om hvilken konsekvens det har for Sørgruppen at beiteområdet på vindkraftverkets område ikke kunne brukes. Lagmannsretten kom til at det medførte store konsekvenser for Sørgruppen at beiteområdene på vindkraftverkområdet gikk tapt, ettersom det befant seg på et viktig senvinterbeite.

Med grunnlag i at reinen ville unnvike vindkraftområdene, som medførte tap av Sørgruppens senvinterbeite, vurderte retten om konsesjonsvedtaket krenker SP art. 27.

Lagmannsretten konstaterte innledningsvis at samer er vernet etter bestemmelsen og at reindrift er en vernet interesse. Det tvilsomme var hvorvidt inngrepet overskred terskelen for hva som er ulovlige inngrep etter SP art. 27.

Domstolen vurderte så terskelen for når «nektelse» foreligger, som er det sentrale vurderingstema ved spørsmålet om konsesjonsvedtakets gyldighet. Retten gjennomgikk de fire sentrale høyesterettsdommene som er gjennomgått i punkt 2.5.1 og konkluderte med at «det skal en god del til» før SP art. 27 er krenket.

Retten uttalte videre at selv om SP art. 27 ikke åpner for en proporsjonalitetsvurdering, er det ikke korrekt at vernet er absolutt i den forstand at staten ikke har noen skjønnsmargin. Retten viser til at «ingen enkeltinteresser kan absolutteres på en måte som gjør at alle andre interesser må vike i alle sammenhenger» og uttalte at blant annet klima og utslippsfri energi må medtas i vurderingen av om det foreligger krenkelse av SP art. 27. Dette er imidlertid ikke i tråd med menneskerettighetskomitéenes praksis, hvor det følger at vernet etter SP Art. 27 er absolutt.¹⁸⁸ En slik adgang til å foreta en skjønsmessig vurdering som Lagmannsretten foretar i sin avgjørelse ble heller ikke lagt til grunn av OED i Kalvvatnan-saken.¹⁸⁹

Etter den rettslige gjennomgangen, foretok lagmannsretten en vurdering av sakens konkrete forhold opp mot SP art. 27. De kom til at en isolert vurdering tilsier at Storheia vindkraftverk vil true reindriften eksistens på Fosen. Lagmannsretten mente imidlertid at det er adgang til å gi erstatning til vinterfôr og trekker dette inn i vurderingen av konsesjonsvedtakets gyldighet. Dette gjøres ved å vise til at når reindriftsutøverne får slik erstatning, vil det sikre den videre driften av reindriften. Retten uttalte at:

«Under en viss tvil mener lagmannsretten at vindkraftutbyggingen i dette perspektivet ikke utgjør en trussel mot reindriftnæringen som den er vernet mot etter artikkel 27.»

Ved nektelses-vurderingen, var det også et spørsmål om vinterfôring ville medføre et så stort avvik fra den tradisjonelle reindriften at SP art. 27 likevel ble krenket. Retten konkluderte, under tvil, med at erstatning til vinterfôr ikke medførte en krenkelse. Dette begrunnet

¹⁸⁸ Se punkt 2.5.1

¹⁸⁹ Se punkt 5.2

lagmannsretten med at «[h]ovedtrekkene i den samiske kulturen som gjelder reindrift må (...) i det vesentlige kunne sies å være intakt.»

Lagmannsretten konkluderte med at SP art. 27 ikke var krenket.

7.3 Hva skiller forvaltningens vurdering fra lagmannsrettens?

Forvaltningens og lagmannsrettens redegjørelse av innholdet til SP art. 27 fremstår i hovedsak sammenfallende. Forvaltningens gjennomgang av SP art. 27 ble riktignok gjort i 2010 og 2013, ved NVE og OEDs vedtak, hvor terskelen tilsynelatende var høyere enn domstolens gjennomgang i 2020, slik at dette kan ha utgjort en forskjell.

Forvaltningen la til grunn at vindkraft ikke ville få særlig store konsekvenser for reindriften og dermed ville ikke senvinterbeite på Storheia gå tapt som følge av utbyggingen.

Lagmannsretten la til grunn et annet faktisk forhold, hvor de kom til at vindkraftverk har en mer negativ virkning på reindrift enn hva forvaltningen la til grunn og at dette medførte at senvinterbeite på Storheia gikk tapt ved vindkraftutbyggingen. Det som kan begrunne forskjellen i de faktiske forholdene som legges til grunn, er at lagmannsretten foretok en selvstendig vurdering av relevant forskning og vektla dermed ikke kun den forskningen som ble lagt fram i konsekvensutredningene. Denne forskjellen medførte at forvaltningen og domstolen hadde et ulikt grunnlag for sine vurderinger. Videre medførte dette at de faktiske forholdene som ble lagt til grunn i vurderingen av SP art. 27 ble ulik.

Lagmannsretten uttalte imidlertid at det forhold at forvaltningen la til grunn feil faktum, at vinterbeite ikke gikk tapt, ikke medførte en saksbehandlingsfeil. Dette ble begrunnet i sakens kompleksitet og at OEDs vurdering ikke var uforsvarlig.

Forskjellen på forvaltningens og domstolens vurdering av vinterbeite, viser imidlertid hvor stor forskjell det kan utgjøre når det legges ulike faktiske forhold til grunn og hvor mye vekt konsekvensutredningene ble tillagt i forvaltningsprosessen. Hensett reindriftnutøverenes rettsikkerhet burde det ikke være rom for å legge så ulike faktiske forhold til grunn uten at det foreligger saksbehandlingsfeil.

Som nevnt var ikke konsekvensutredningene i Storheia-saken fullstendig i tråd med de faktiske forhold og dette kan ha fått utslag for forvaltningens vurderinger. I HR-2017-2247-A (Langesund) var det imidlertid ikke foretatt konsekvensutredninger for reindriften ved ekspropriasjon til vei- og fergeutbygging. I denne saken var det utarbeidet en reguleringsplan,

med en konsekvensanalyse, men ikke konsekvensutredning.¹⁹⁰ En konsekvensutredning som vurderte utbyggingens konsekvenser for reindriften, ville etter rettens syn ikke endret forvaltningens avgjørelse.¹⁹¹ Konsekvensutredninger hevdes å være blant de viktigste verktøyene for å verne samisk reindrift.¹⁹² Det er overaskende at domstolen ikke anså ekspropriasjonsvedtaket som ugyldig basert på manglende konsekvensutredning.¹⁹³ Det kan stilles spørsmål ved om lagmannsretten i Storheia-saken burde ha vurdert det faktiske grunnlaget for konsesjonsvedtaket nærmere, ettersom konsekvensutredningene var mangelfulle. Domstolens krav og etterprøving av konsekvensutredning fremstår som svak og gir lite tillit til domstolens gjennomgang av konsekvensutredningene.

7.4 Hadde det betydning at vindkraftverket allerede var bygd ved vurderingen av om det forelå et konsesjonsbrudd?

Lagmannsretten kom til at konsesjonsvedtaket ikke krenket SP art. 27 dersom det ble gitt erstatning til vinterfôr. Metoden lagmannsretten anvendte kan ha vært i tråd med SP art. 27, ved at vedtaket ikke medførte et inngrep som «nekter» samene sine kulturutøvelse, siden de får erstatning for vinterfôr. Reindriften kan videreføres, da de kan gi reinen vinterfôr som erstatning for tapt vinterbeite. Utmålingen av erstatning til vinterfôr ble imidlertid ikke foretatt i tråd med de tradisjonelle ekspropriasjonsrettslige prinsippene og det kan reises spørsmål ved om en slik utmåling er i tråd med norsk rett.¹⁹⁴ En nærliggende tanke kan være at ettersom vindkraftverket allerede var bygd, så forsøkte lagmannsretten å komme til en konklusjon som verken var direkte i strid med SP art. 27 eller som medførte at vindkraftverket måtte rives.

Dette belyser problemet ved at den rettslige overprøvingen av forvaltningens vedtak skjer i etterkant av utbygging. Lagmannsrettens avgjørelse illustrerer at en slik rekkefølge på vurderingene kan skape problemer med å komme fram til et materielt korrekt resultat. Etter min vurdering, er reglene om forhåndssamtykke roten til problemet. Terskelen for å få

¹⁹⁰ HR-2017-2247-A avsnitt 86

¹⁹¹ Ibid. avsnitt 116

¹⁹² Ravna (2019) s. 432

¹⁹³ Ibid. s. 434

¹⁹⁴ For en utførlig redegjørelse av de ekspropriasjonsrettslige utmålingsreglene se Stavang (2019) kapittel 3, 6 og 7 og regjeringsadvokatens erklæring om partshjelp til Høyesterett punkt 6.1, hvor de reiser spørsmål om utmålingen er i tråd med ekspropriasjonsersatningsreglene

samtykke til forhåndstillatelse er som nevnt nokså lav, og selv om det foreligger tvist vedrørende vedtakets gyldighet, kan slik godkjenning gis.¹⁹⁵

Et annet spørsmål er om Høyesterett vil påvirkes av at vindkraftverket allerede er bygget. Dersom Høyesterett kommer til at det ikke kan gis erstatning til vinterfôr, kan det være nærliggende at de kommer til at konsesjonsvedtaket er ugyldig. Da vil tiltakshaver ha oppført vindkraftverket uten gyldig tillatelse. Det blir interessant å se om Høyesterett krever vindkraftverket fjernet slik at mange milliarder går tapt eller om Høyesterett vektlegger det forhold at vindkraftverket allerede er oppført og utmåler erstatning deretter.

8 Stortingsmeldingen sett i lys av forvaltningsprosessen ved vindkraftutbyggingen på Storheia

8.1 De foreslåtte endringene i konsesjonsreglene som påvirker reindrift

I juni 2020 kom det en stortingsmelding om endringer i konsesjonsreglene for vindkraft på land.¹⁹⁶ I ettertid kom energi- og miljøkomiteen med en innstilling til meldingen.¹⁹⁷ I innstillingen foreslås det endringer i konsesjonsreglene, både generelt og noen regler særskilt for reindriften. Generelt foreslås det at konsesjonsreglene skal medføre bedre lokal og regional forankring, et skjerpet tidsløp for konsesjonsbehandling, færre endringer i prosjektet gjennom prosessen og strengere krav til utredninger. Samt sterkere vektlegging av virkninger for landskap og miljø, samfunn og naboer.¹⁹⁸

Det foreslås videre å endre reglene slik at de medfører en bedre involvering av reindriften.¹⁹⁹ Det ønskes en tettere oppfølging og dialog med reindriftsutøverne som påvirkes av vindkraftutbygging. Samiske interesser foreslås ivaretatt i større grad ved utredning og et krav om at «utredning har nødvendig reindriftsfaglig kompetanse og kjennskap til reindriften og viktige områder for næringen.»²⁰⁰ Det foreslås generelt å bedre involveringen av reindriften ved utarbeidelse av konsekvensutredning, ved at disse blant annet kan komme med

¹⁹⁵ Se punkt 2.4

¹⁹⁶ Meld St. 28 (2019-2020)

¹⁹⁷ Innst. 101 S (2020-2021)

¹⁹⁸ Ibid. s. 6-9

¹⁹⁹ Ibid. punkt 1.4.9 på s. 9

²⁰⁰ Ibid. s. 2 og 9, vedtatt av flertallet på s. 19

informasjon og bedre tilrettelegging for medvirkning fra reindriften. Det følger imidlertid ingen vetorett for reindriften eller lignende innflytelse utover å komme med sitt synspunkt og informasjon. Det gis med dette ingen garanti for at reindriftnutøvernes syn skal vektlegges.

Komiteen tar til orde for at vernet etter reindriftsloven, for eksempel vern om flyttlei, må vurderes i konsekvensutredningen.²⁰¹

Fylkesmannen, nå Statsforvalteren, skal på vegne av reindriften kunne fremme innsigelse på vindkraftsøknader og involveres bedre i utredningsprosessen.²⁰² Dersom et slikt system skal fungere, krever det at Fylkesmannen opptrer i tråd med reindriftnes ønsker og at beslutningstakerne vektlegger Fylkesmannens innsigelser. Forslaget legger ikke fram noen form for sikkerhet for at disse to forutsetningene må overholdes. Det foreslås riktignok at Fylkesmannen må ha oppdatert kunnskap om reindriftnes arealer, men ingen krav om at Fylkesmannen må handle i tråd med reindriftnes ønsker.

Sametinget ønsket at det ikke skulle være tillat med vindkraftutbygging på reinbeiteområder. Komiteen kunne imidlertid ikke tilslutte seg et slik generelt forbud.²⁰³

8.2 Ville forvaltningsprosessen blitt annerledes dersom de foreslåtte endringene i konsesjonsreglene ble anvendt?

I det følgende vil det foretas en vurdering av hvordan konsesjonsprosessen ved Storheia vindkraftverk ville blitt dersom de foreslåtte reglene i stortingsmeldingen hadde vært anvendt. Formålet med denne vurderingen er å vise hvordan reglene i praksis vil få utslag og om reglene vil bedre samers rettssikkerhet i vindkraftsaker. Et sentralt spørsmål er om reglene i større grad enn dagens system vil ivareta vernet etter SP art. 27.

Dersom det var kortere tidsfrister i etterkant av konsesjonsvedtaket, slik som foreslått, ville dette kunne bedre reindriftsamenes rettsstilling. Urfolk har fått flere rettigheter med tiden. Samer er dermed som hovedregel best tjent med at deres rettigheter blir vurdert i nær tid opp mot selve inngrepet. Ved å forkorte prosessen vil det konsesjonssøkte sammenfalle i større grad med det ferdige resultatet, som er viktig for samenes forutsigbarhet. Teknologi og størrelse på turbiner kan ofte endre seg over tid og samenes forutsigbarhet ivaretas bedre ved

²⁰¹ Innst. 101 S (2020-2021), s. 9

²⁰² Ibid. s. 9

²⁰³ Ibid. s. 9

å ikke tillate store endringer i etterkant av konsesjonsvedtaket. Kommuner og andre sentrale organer kan også endre mening når det er slike lange prosesser. Det er på det rene at samene generelt vil være tjent med kortere konsesjonsprosesser. Vurderingene i Storheia-saken kunne vært ulik dersom konsesjonsvedtaket var gitt nærmere ferdigstillelsen av vindkraftverket.

Dersom utreder hadde reindriftsfaglig kompetanse og kjennskap til de tradisjonene ved reinbeite på Storheia, ville det kunne medført andre funn i konsekvensutredningene.

Forvaltningens avgjørelsesgrunnlag ville dermed blitt endret, som videre ville kunne medført et annet faktisk grunnlag for vurderingen av om vedtaket var i strid med SP art. 27. I både hoved- og tilleggsutredningen fra 2008 og 2009 er reindriftsutøverne uenig med utreder hva gjelder vindkraftverkets konsekvenser. Krav om en utreder med reindriftsfaglig kompetanse kan bedre samers rettsikkerhet i vindkraftsaker, også i Storheia-saken. Det er imidlertid uklart hva som inngår i kravet om «reindriftsfaglig kompetanse.» Kreves det for eksempel at utreder har gjort teoretiske studier om reindrift, eller er reindriftspraktiker? Forslaget er et steg i riktig retning, men må spesifiseres klarere i de nye reglene.

Forslaget om at konsekvensutredningen må vurdere kravene i reindriftsloven, vil være viktig. Særlig viktig er reindriftslovens vern om flytt- og trekkleier.²⁰⁴ Selv om forvaltningen i dag er bundet av reindriftsloven under konsesjonsprosessen, vil rettighetene etter reindriftsloven få et ytterligere vern dersom den inntas i reglene om konsekvensutredningene. Det var som nevnt flere trekk- og flyttleier som ikke ble vurdert i konsekvensutredningene for reindrift på Storheia.²⁰⁵ Storheia-saken illustrerer med dette at reindriftsloven i praksis ikke gir et sterkt vern. En endring i disse reglene ville dermed kunne utgjort en forskjell for konsesjonsprosessen ved Storheia vindkraftverk.

Utover dette er det ikke mange foreslåtte regler som vil bedre reindriftssamers rettsstilling ved vindkraftutbygging. Konsesjonsprosessene skal fremdeles gå etter energiloven. Selv om det er foreslått at lokale interesser skal vektlegges i større grad, sikter dette seg i størst grad til kommune, fylkesmann og andre offentlige organer. Reindriftsgrupper som sådan har med dette ikke noen bedre innsigelsesrett enn i dag. Ved Storheia vindkraftverk var kommunen i

²⁰⁴ Reindriftsloven § 22

²⁰⁵ Se punkt 4.1.2

starten for en utbygging, slik at det ville ikke utgjort en forskjell dersom kommunen hadde en større innsigelsesrett. Samer må derfor håpe at vertskommunen ivaretar deres interesser.²⁰⁶

Vernet etter SP art. 27 inntas ikke klarere i de nye konsesjonsreglene. Reglene vil imidlertid medføre at grunnlaget for konsesjonsbehandlingen i større grad er i samsvar med de faktiske forholdene og det vil bedre samers vern etter SP art. 27. Eksempler på dette er at det legges til grunn vurderinger i konsekvensutredningene som er i tråd med reindriftens egne vurderinger, samt kortere tidsløp og færre endringer underveis i prosjektet. I kapittel 6 fremgår det at forvaltningen i flere vedtak henviste tilbake til vurderingen av SP art. 27 foretatt i 2013 av OED. Dette medfører at det ikke foretas en konkret vurdering av hvorvidt endringene medfører at terskelen for inngrep etter SP art. 27 er overtrådt og dette vil forhåpentligvis skje i mindre utstrekning etter de foreslåtte reglene.

9 Avsluttende bemerkninger

Det har i forbindelse med konflikten mellom reindrift og vindkraft blitt foretatt syv intervju av reindriftsutøvere, hvor de uttalte at vindkraftverkene hadde medført store konsekvenser for reindriften.²⁰⁷ Lagmannsretten kom som nevnt til at konsekvensene av utbyggingen på Storheia ble større enn antatt under forvaltningsprosessen. Nå som vindkraftverket på Storheia står ferdig har det også oppstått andre skader som følge av inngrepet, som ikke ble nevnt i forvaltningsprosessen. Flere trekk- og flyttleier har blitt ødelagt som følge av utbyggingen og reinen trekker unna utbyggingsområdet.²⁰⁸ Det er dermed behov for å endre forvaltningsprosessen, slik at de forholdene forvaltningen legger til grunn i sine vurderinger i større grad samsvarer med de reelle virkningene av vindkraftutbygging.

De foreslåtte endringene i konsesjonsreglene omhandler i hovedsak prosessene ved konsesjonstildeling og en økt involvering av reindriften i disse. Forvaltningen står likevel nokså fritt til å selv avgjøre i hvilken grad de vektlegger konsekvensutredninger. Dette medfører at forvaltningen kan vektlegge andre interesser tyngre enn reindriften, på tross av at utbygging vil få store konsekvenser for reindriften. Winge tar til orde for at det bør innføres regler som begrenser muligheten til å gjøre inngrep på området av særlig viktighet for

²⁰⁶ Ordfører i Åfjord kommune ville sagt ja til vindkraftutbyggingen på Fosen igjen dersom spørsmålet ble forelagt de på nytt, se https://www.nrk.no/trondelag/ordforer-i-afjord_-vibeke-stjern_-styrer-landets-storste-vindkraftkommune_-_-jeg-haper-debatten-snur-1.15423322

²⁰⁷ Se punkt 1.3

²⁰⁸ Jf. telefonsamtale med Maja Jåma fra Sørgruppen den 23.03.2021

reindriften. Han begrunner dette i de konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelsene Norge har påtatt seg. Deretter uttaler han at «[d]ette bør i større grad synliggjøres i rettsreglene som gir myndighetene hjemmel til å tillate inngrep i reindriftsområder.»²⁰⁹ Jeg er enig i Wings betraktninger og mener at innholdet i Grl. § 108, SP art. 27 og ILO nr. 169 bør innføres direkte i konsesjonsreglene for å oppnå en bedre rettsikkerhet for samer i vindkraftsaker.

Fremstillingen har vist at konsekvensutredninger spiller en sentral rolle i konsesjonsprosessen og at det er behov for endringer ved konsekvensutredninger. Rapport av 5. februar 2021, utført av Multiconsult, på oppdrag fra klima- og miljøminister Sveinung Rotevatn, viser at flere konsekvensutredninger er i strid med lovens krav.²¹⁰ I rapporten gjennomgås det 35 saker, hvor 24 gjelder kraftutbygging og kun to gjelder vindkraftverk på over 10 MW. De to konsekvensutredningene for vindkraftverk var riktignok ikke i strid med loven. To tilfeller av konsekvensutredning for vindkraftverk kan imidlertid ikke være retningsgivende og konsekvensutredningen på Fosen er ikke vurdert i rapporten. Dette viser likevel at systemet ved konsekvensutredninger bør endres og kan ha mye å si for samers rettsikkerhet i framtidige vindkraftsaker. Dersom det faktiske grunnlaget i en konsesjonsprosess ikke er i tråd med realitetene, vil resten av prosessen være illusorisk.

Fremstillingen har videre vist viktigheten av å få prøvd gyldighet etter SP art. 27 før bygging er vedtatt. Videre kan det fremstå som om OED har lagt om praksisen. Man kan dermed spørre seg om Storheia-saken hadde fått et annerledes resultat dersom den kom i ettertid av Kalvvatnan-saken. Det blir spennende å se om Høyesterett legger til grunn samme forståelse av SP art. 27 som OED la til grunn i Kalvvatnan-saken.²¹¹

²⁰⁹ Winge (2016) s. 123

²¹⁰ https://www.nrk.no/klima/ny-rapport-om-konsekvensutredninger_-avdekker-lovbrudd-1.15389170?fbclid=IwAR3-Y9ndFXVUe5h8iyUMGYo8dUzYeGqTNhSj7e8ElbBDMa3IZ3Mqnpqe72Y

²¹¹ Se punkt 5.2 for OEDs vurdering i Kalvvatnan-saken

Referanseliste

Lover og forskrifter

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.)
1959	Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om overføring av fast eiendom (overføringslova-orl.)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven-fvl.)
1985	Lov 14. juni 1985 nr. 77 plan- og bygningslov
1990	Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovent)
1999	Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl.)
2007	Lov 05. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven)
2008	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven-pbl.)
2010	Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften)
2017	Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften-KUF)

Forarbeider

Ot. prp. nr. 56 (1970-71)	Ot.prp.nr.56 (1970–1971) Om lov om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom
Ot. Prp. nr. 3 (1976-1977)	Ot.prp.nr.3 (1976–1977) Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om

	behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)
Ot.prp.nr.9 (1976-1977)	Ot.prp.nr.9 (1976–1977) Om lov om reindrift
NOU 1984:18	NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling
Ot.prp.nr. 43 (1989-1990)	Ot.prp.nr.43 (1989–1990) Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven)
Ot.prp.nr.56 (2000-2001)	Ot.prp.nr.56 (2000–2001) Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven)
Ot.prp.nr.25 (2006-2007)	Ot.prp.nr.25 (2006–2007) Om lov om reindrift (reindrifftsloven)
NOU 2007:13 A	NOU 2007:13 A Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget, Del I, II og III (kap. 1-15)
Prop. 116 L (2017-2018)	Prop.116 L (2017–2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner)
Meld St. 28 (2019-2020)	Meld.St.28 (2019–2020) Vindkraft på land (Meld.St.28 (2019–2020))
Prop. 86 L (2020–2021)	Prop.86 L (2020–2021) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner)
Innst. 101 S (2020-2021)	Innst.101 S (2020–2021) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Vindkraft på land

Internasjonale rettskilder

Traktater og konvensjoner

Rasediskrimineringskonvensjon

International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination, Adopted (Internasjonal konvensjon om

avskaffelse av alle former for
rasediskriminering –
rasediskrimineringskonvensjon), i kraft 4.
januar 1969

SP

International Covenant on Civil and
Political rights (Den internasjonale
konvensjonen om sivile og politiske
rettigheter – SP), vedtatt 16. desember 1966,
i kraft 23. mars 1976

ILO nr. 169

Convention concerning indigenous and
tribal peoples in independent countries
(Konvensjon om urbefolkninger og
stammefolk i selvstendige stater ILO nr. 169
– ILO nr. 169), vedtatt 27. juni 1989, i kraft
5. september 1991

Andre internasjonale kilder

CERD

Committee on the Elimination of Racial
Discrimination, Concluding observation on
the twenty-first and twenty- second periodic
reports of Norway (CERD/C/NOR/CO/21-
22)

FNs urfolkserklæring

United Nations Declaration on the Rights of
Indigenous People (2007) (UNDRIP)

Praksis fra Menneskerettighetskomitéen

Lovelace

Lovelace v. Canada (Communication No.
R.6/24/1977)

Lubicon Lake Band

Ominayak and the Lubicon Lake Band v.
Canada (Communication No. 167/1984)

Ilmari Länsmann

Ilmari Länsmann v. Finland
(Communication No. 511/1992)

Apirana	Apirana Mahuika et al. v. New Zealand (Communication No. 547/1993)
General Comment No. 23	Human Rights Committee, General Comment No. 23, Article 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), adopted on 50th Session, 08/04/1994
Poma-Poma	Poma Poma v. Peru (Communication No. 1457/2006)

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1982 s. 214 (Alta-saken)

Rt. 2000 s. 1578 (Seiland)

Rt. 2002 s. 683

Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya)

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2009 s. 1142

HR-2017-2428-A (Sara)

HR-2017-2247-A (Langsund)

HR-2018-1833-U

Lagmannsretten

LG-2013-184173

LF-2018-34498

LF-2018-150314 – LF-2018-150323 – LF-
2018-150327

Tingretten

07-189641 SKJ-NHER/08-1955638 KJ-
NHER (Fikk tilsendt fra Nord-Troms
tingrett)

14-136323 SKJ-INTR (Fikk tilsendt fra
Inntrøndelag tingrett)

UMEÅ TINGSRÄTT DOM Mål nr M
1425-15 Mark- och miljödomstolen 2016-
11-23 (Fikk tilsendt fra Umeå tingsrett)

TFOSN-2017-113370 (Fikk tilsendt fra
Fosen tingrett)

Forvaltningspraksis

Fálesrášša

NVE, *Aurora Vindkraft AS- Fálesrášša vindkraftverk. Kvalsund kommune, Finnmark fylke. Bakgrunn for vedtak* (2013).
<http://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/201002742/660731>

OED, *Aurora Vindkraft AS – klagebehandling av konsesjon til etablering av Fálesrášša vindkraftverk i Kvalsund kommune* (2015).
<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/201002742/1383392>

Kalvvatnan

NVE, *Bakgrunn for vedtak* (2014).
<http://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200801262/1119588>

OED, *Fred Olsen Renewable AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner – klagesak* (2016)
<http://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200801262/1905272>

Storheia

Statkraft, *Storheia Vindpark – Åfjord kommune og Bjugn kommune – konsesjonssøknad og forslag til reguleringsplan* (2008)
<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/98594>

NVE, *Fastsetting av utredningsprogram* (2007)
<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/39765>

Fagrapport- Reindrift Fosen (2008)
<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/99537>

Tilleggsutredning (2009)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/228369>

Reindriftsforvaltningen, *Tematisk konfliktvurdering av vindkraftprosjekt i Nord Trøndelag* (2009) (Fikk tilsendt fra NVE)

NVE, *konsesjonsvedtak* (2010)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/309468>

NVE, *Vindkraftverk og kraftledninger på Fosen og i Namdalen – oversendelse av klager* (2011)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/394030>

NVE, *Sammenfatning og vurdering av klager på NVEs vedtak av 07.06.10 om anleggskonsesjoner og ekspropriasjonstillatelser* (2011)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200701062/394037>

OED, *Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak* (2013)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/761649>

OED, *Fosen Vind AS - vindkraftverk på Fosen - samtykke til forhåndstiltredelse* (2014) (Fikk tilsendt fra OED)

Multiconsult, *Miljøvurderinger* (2015)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/1606813>

NVE, *Vedtak om endring av installert effekt* (2015)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/1613028>

OED, *Vindkraftverk på Fosen -klage på vedtak om effektendringer* (2016)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200700502/1676811>

Multiconsult, *Miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) med detaljplan for Storheia vindkraftverk* (2016)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/201307851/1934625>

NVE, *Fosen Vind AS, Åfjord og Bjugn kommuner, Sør-Trøndelag - godkjenning av detaljplan og miljø-, transport- og anleggsplan for Storheia vindkraftverk* (2017)

<https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/201307851/2102850>

Nellemann, *Utbygging av vindkraft i Fovsen-Njaarke/Fosen reinbeitedistrikt: Konsekvenser for reindriften i Sørgruppen* (2017)

<https://naturvernforbundet.no/getfile.php/13132982-1523651608/Fylkeslag%20-%20Finnmark/Bilde/Utbygging%20av%20vindkraft%20p%C3%A5%20Fosen%20i%20Fovsen-Njaarke%20reinbeitedistrikt%20low%20res.pdf>

Protect Sápmi, *Reindriftsfaglig utredning Storheia Vindkraftpark og Åarjel-Fovsen Sitje* (2017) (Fikk tilsendt fra Maja Jáma, fra Sørgruppen)

Litteratur

- Bernt og Rasmussen (2015) Bernt og Rasmussen, Jan Fridthjof og Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett*, Vigmostad & Bjørke AS 2015
- Bull (2020) Bull, Kirsti Strøm, *Reindriftsloven – Lovkommentar*, Universitetsforlaget 2020
- Gauslaa (2007) Gauslaa, Jon, *Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltning og rettspleie*, Areal og eiendomsrett s 151-180, Universitetsforlaget 2007
- Holth og Winge (2014) Holth og Winge, Fredrik og Nikolai K., *Konsekvensutredninger*, Universitetsforlaget 2014
- Johansen (2004) Johansen, Ann-Gøril, *Retten til å utøve sin kultur og selvbestemmelsesretten som grunnlag for samiske landrettigheter i Norge- en analyse av rettsprinsippene og deres betydning for den offentligrettslige forvaltning*, Det juridiske fakultetet: Skriftserie nr. 53, Tromsø, 2004
- Johansen (2006) Inger Johansen, «Det er ikkje eit museumsspråk – det har noko med framtida å gjera» ei sosiolingvistisk undersøking av revitaliseringa av sørsamisk, Mastergradsavhandling i nordisk språkvitenskap, våren 2006, Institutt for nordistikk og litteraturvitenskap, NTNU
- Ravna (2019) Ravna, Øyvind, *Same- og reindriftsrett*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2019
- Smith (1990) Smith, Carsten, *Om samenes rett til naturressurser – særlig ved*

- fiskerireguleringer*, Lov og Rett 1990 s 507-533, Universitetsforlaget 1990
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Skogvang (2017) Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Stavang (2019) Stavang, Endre, *Ekspropriasjon*, 3. utgave, Cappelen Damm AS 2019
- Vistnes, Nellemann og Bull (2004) Vistnes, Ingunn, Bull, Kirsti Strøm, Ingunn Vistnes og Christian Nellemann og Kirsti Strøm Bull, NINA Temahefte: *Inngrep i reinbeiteland*, 2004
- Winge (2013) Winge, Nikolai K., *Kampen om arealene*, Universitetsforlaget 2013
- Winge (2016) Winge, Nikolai K., *Konsekvensutredning i Reindrifsområder*, Tidsskrift for eiendomsrett 02 / 2016

Nettdokumenter

<https://www.regjeringen.no/no/tema/mat-fiske-og-landbruk/reindrift/reindrift/id2339774/>

<https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/7K7OL9/flertallet-paa-stortinget-aapner-for-gransking-av-vindkraft>

<http://www.unesco.org/languagesatlas/index.php?hl=en&page=atlasmap&lid=414>

<https://static02.nmbu.no/mina/studier/moppgaver/2016-Holth.pdf>

<https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/7K7OL9/flertallet-paa-stortinget-aapner-for-gransking-av-vindkraft>

https://www.nrk.no/klima/ny-rapport-om-konsekvensutredninger_-avdekker-lovbrudd-1.15389170?fbclid=IwAR3-Y9ndFXVUe5h8iyUMGYo8dUzYeGqTNhSj7e8ElbBDMa3IZ3Mqnpqe72Y

https://www.nrk.no/klima/xl/utbyggere-kjoper-konsekvensutredninger_-naturen-kan-tape-1.15212845

<https://www.nrk.no/vestland/rotevatn-meiner-vindkraftverk-ikkje-burde-fatt-godkjenning-1.15232821>

<https://www.nrk.no/vestland/statsforvaltarane-med-krass-kritikk-av-naturvern-1.15277356>

<https://www.nrk.no/vestland/vil-ha-strengare-krav-til-kartlegging-av-naturen-1.15348302>

<https://www.fn.no/om-fn/avtaler/urfolk/fns-erklaring-om-urfolks-rettigheter>

<https://www.nrk.no/trondelag/ordforer-i-afjord-vibeke-stjern-styrer-landets-storste-vindkraftkommune-jeg-haper-debatten-snur-1.15423322>

<https://www.nrk.no/klima/ny-rapport-om-konsekvensutredninger-avdekker-lovbrudd-1.15389170?fbclid=IwAR3-Y9ndFXVUe5h8iyUMGYo8dUzYeGqTNhSj7e8ElbBDMa3IZ3Mqnpqe72Y>

Dokument nr. 15:594 (2018-2019) <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=74442>

Dokument nr. 15:616 (2018-2019) <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=74470>

Pressemelding av dato 21.12.2018, nr 076/18

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/bygging-av-storheia-vindkraftverk-stanses-ikke/id2623735/>

Miljøverndepartementets temaveileder av 10.12.2009

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/temaveileder-energitiltak-og-plan-og-by/id588200/>

SOMB-2009-46, saksnr. 2008/961

<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/konsesjon-til-gruvedrift-sakens-opplysning/>

Andre kilder:

Konsultasjonsavtale	Avtale om prosedyrar for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, inngått mellom kommunalt- og regionalministeren og sametingspresident 11. mai 2005
Konsultasjonsavtale med NVE	Konsultasjonsavtale mellom Sametinget og NVE 31. mars 2009
Regjeringsadvokaten, Erklæring om partshjelp til Høyesterett	Regjeringsadvokaten, Erklæring om partshjelp til Høyesterett, 29.10.2020

