

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo

Deres ref: 08/742

Oslo, 5. november 2014
Ansvarlig advokat: Geir Haugen

FOSEN VIND AS – SØKNAD OM SAMTYKKE TIL FORHÅNDSTILTREDELSE – HØRING – UTTALELSE FRA SØRGRUPPEN I FOSSEN REINBEITEDISTRIKT

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 3. oktober d.å, bilagt søknad om forhåndstiltredelse fra Fosen Vind AS av 29. september d.å., hvor det er gitt frist til 24.s.m med å avgi uttalelse. Det er pr. e-post 22.10 d.å gitt fristutsettelse til 5. november d.å.

Selv om søknaden «bare» gjelder tre vindkraftverk (Storheia, Roan og Kvenndalsfjellet), må den sees i sammenheng med tilsvarende søknader som sannsynligvis vil bli fremmet angående Harbaksfjellet – og Sørmarksfjellet vindkraftanlegg samt 420 kv ledning Namsos – Storheia og 132 kv ledning Hubakken – Storheia, og Straumen – Roan transformatorstasjon.

2. Bemerkninger til søknaden

Det opplyses i søknaden at anleggsarbeidet vil pågå «*kontinuerlig frem til medio 2020*». I forhold til reindriften er det ingen restriksjoner., fordi «*Dette er basert på at vindparkene ikke berører kalvingsområder eller viktige samlings- eller flyttleier*» (pkt. 3, annet avsnitt). Søker viser her at de ikke har satt seg tilstrekkelig inn i hvilket omfang reindriften blir påført skader og ulemper. Det er direkte feil at kalvingsområder ikke blir berørt. Støyen fra anleggsdriften vedrørende Storheia vindkraftverk vil forstyrre kalvingen i kalvingsområdet øst for Storheia, som er anmerket med gult på kartene som tiltakshaver har fremlagt. Dette er ikke tatt med i reindriftrapporten, og det foreligger således en saksbehandlingsfeil.

3.MTA-planens innhold

Den 31. oktober d.å. møttes partene for å drøfte MTA-planen. Det viste seg at Fosen Vind AS ikke hadde noen avbøtende tiltak å tilby reinbeitedistriktet. Det var utelukket med stans i anleggsdriften i en slik utstrekning at det ville ha betydning for reindriften. Tiltakshaver kunne ikke på møtet tilby samordning av anleggsdriften til de tre vindkraftverkene. Det ble understreket fra tiltakshavers side at anleggsdriften måtte foregå kontinuerlig hvis de skulle bli ferdige til 2020.

Etter dette har en den situasjon at det vil pågå kontinuerlig anleggsdrift i et område som er beregnet til ca. 500 km² medregnet influensområde i ca. 5 år uten at det vil bli gjort noe fra tiltakshavers side for å avbøte skadevirkningene for reindriften. Det er sannsynligvis første gang det skjer i det samiske reindriftsområde. Det vil få dramatiske følger for reindriften i Fosen reinbeitedistrikt og med det for den sørsamiske kultur.

Det bemerkes at de «*avbøtende tiltak*» som OED tillegger betydelig vekt ikke har noen funksjon med hensyn til å redusere skadevirkningene.

4.MTA-planens betydning

Det vil ikke være mulig å ha rein i Storheiaområdet, slik at et viktig vinterbeite ikke kan brukes. Det betyr at de gjenværende vinterbeiter vil bli hardt belastet slik at de blir nedbeitet. For å unngå det, må reintallet reduseres, sannsynligvis med ca. 30 %. Det betyr at en siidaandel må slutte. Dette er ikke omhandlet i reindriftsrapporten, og det foreligger således en saksbehandlingsfeil også på dette punkt.

5.Reindriftsrapportens betydning

Reindriftsrapporten legger til grunn (pkt. 6.5, side 32) at «*Det vil som regel være mulig å tilpasse anleggsarbeid i et beiteområde til reindriften. Hvis anleggsarbeidet går over flere år, vil dette vanskeliggjøres fordi det øker faren for overbelastning i de resterende områder. Tett samarbeid mellom utbygger og reindriften vil derfor være nødvendig for å redusere de negative konsekvensene så mye som mulig. Samarbeidet må planlegges og komme i gang i god tid før anleggsarbeidet starter*»

Dette ble skrevet før det ble klart at anleggsarbeidet måtte pågå kontinuerlig og at det ikke ville bli aktuelt med noe samarbeid med reindriften, utenom en viss kommunikasjon som neppe vil ha nevneverdig betydning. Det er en vesentlig mangel med reindriftsrapporten at den ikke behandler konsekvensen av at det ikke er aktuelt med samarbeid. På grunn av at anleggsarbeidet skal foregå kontinuerlig uten at det skal være stans av hensyn til reindriften vil det ikke være behov for samarbeidsrutiner.

Videre har reindriftsrapporten feilaktig lagt til grunn at «*Mesteparten av anleggsarbeidet vil gjennomføres på sommertid*» (side 95). Det er derfor en saksbehandlingsfeil også på dette punktet.

Reindriftrapporten påpeker i pkt. 9.1.2. (side 112), viktigheten av at det er et godt samarbeid mellom utbyggerne og reindriftsutøverne» *for å hindre negative erfaringer hos reinen. Det er viktig at utbyggingen skjer i perioder når reinen ikke bruker området. Slik vil langtidseffektene på grunn av negative erfaringer dannet under anleggsarbeidet, bli minst mulig*». Dette viser at reindriftrapporten har lagt feil faktum til grunn. Det tas for gitt at anleggsarbeidet, slik det vanligvis er, helt eller delvis innretter anleggsarbeidet etter reindriftenes behov. Søker, NVE, departementet, reindriftsforvaltningen og Sørgruppen, alle har de lagt til grunn at anleggsarbeidet ville ta hensyn til reindriftenes behov. Konesjonsvedtaket forutsetter det.

6.Saksbehandlingsfeil og betydning for forhåndstiltredelsesspørsmålet

Når det da viser seg at anleggsarbeidet skal foregå kontinuerlig, uten mulighet for stans, har OED på et svært viktig punkt bygd sitt vedtak på feil forutsetninger, uten at det er grunn til å klandre noen for det. Imidlertid er det klart at det er en saksbehandlingsfeil som alene må føre til ugyldig vedtak.

Det er flere forhold som samlet sett innebærer at saksbehandlingsfeilen medfører at konsesjonsvedtaket blir ugyldig:

Den kontinuerlige anleggsdrift i ca. 5 år vil føre til at reinen ikke tilvenner seg vindkraftanlegget. Slik topografien er vil et stort beiteområde gå tapt, slik at reintallet må reduseres vesentlig.

De andre vinterbeitene vil bli utsatt for et sterkt beitepress som vil ødelegge beitene hvis ikke reintallet reduseres vesentlig.

Reduksjonen av reintallet vil føre til at minst en siidandel må slutte med reindrift. Sørgruppen vil med en slik reduksjon få for liten arbeidskapasitet til å drive en faglig forsvarlig reindrift.

7.»Avbøtende tiltak»

De tiltak som er benevnt som «*avbøtende tiltak*» har ingen funksjon i forhold til skadevirkningene i forbindelse med Storheia vindkraftanlegg. Det var NVE som lanserte de på et møte, men reieneierne har aldri betraktet de for å være av betydning for utnyttelsen av Storheia-området. Det fremgår av konsesjonsvedtaket side 121 at OED har lagt stor vekt på de «*avbøtende tiltak*». Når disse fratras sin funksjon er det lite igjen av OED's begrunnelse for sitt vedtak.

8.Konesjonsvedtaket har feil begrunnelse

I vedtaket på side 114 – 115, er det angitt to begrunnelser som åpenbart ikke er holdbare. Det kan selvfølgelig ikke ha betydning at det tidligere var omsøkt flere vindkraftprosjekter innenfor Sørgruppens område. Hvis det skulle ha betydning ville tiltakshaverne alltid lansere langt flere prosjekter enn det som er realistisk.

OED's avveining av interessene for utbygging (fornybar kraft) og reindriften, nederst på side 114, er klart i strid med folkerettslig teori og FN's spesialrapportør sin oppfatning, slik det fremgår av bilag 1.

9. Betydningen av at konsesjonsvedtaket er avgitt under tvil

I vedtaket, øverst på side 115, har departementet klart gitt uttrykk for tvil om konsesjon skal gis:

«Departementet vil likevel understreke at hensynet til sørgruppas drift er et tungtveiende argument særlig mot realiseringen av Storheia vindkraftverk.»

Denne grunngivelse må være av vesentlig betydning for spørsmålet om det skal gis samtykke til forhåndstiltredelse. I denne forbindelse kan det vises til Sandene/Keiserud side 257, siste setning i pkt. 4:

«Dersom underskjønnet har uttrykt tvil om den rettslige holdbarheten av ekspropriasjonstillatelsen, men uten å nekte skjønnet fremmet, vil det også dette være et moment som taler mot samtykke til forhåndstiltredelse på dette stadium»

Det bemerkes at det samme bør gjelde når departementet skal avgjøre søknaden. Det foreligger åpenbart flere vesentlige saksbehandlingsfeil og det er sannsynlig at vedtaket er i strid med folkerettens materielle krav.

Når gjennomføringen av anleggsarbeidet medfører slike vesentlige skadevirkninger, vil det i denne sak, hvor OED tydelig var i tvil om konsesjon skulle gis, være av avgjørende betydning om risikoen for nedleggelse av reindriften i Sørgruppen er betydelig. Opplegget for anleggsarbeidet skulle vært avklart før konsesjonsvedtaket, da det i denne saken er en spesielt viktig faktor for spørsmålet om konsesjon skal gis. Dette er en saksbehandlingsfeil.

10. Virkningene av en kontinuerlig anleggsaktivitet

Sørgruppen kan ikke eksistere med bare to siidaandeler da det vil bli for lite arbeidskraft til å drive en regulær reindrift. Det gjelder spesielt fordi det vil oppstå betydelig merarbeid i anleggstiden.

Det vil være i forbindelse med driving av rein til slakte- og merkegjerd og forflytting av rein til et annet beiteområde at det vil være aktuelt å få stanset anleggsvirksomheten. Imidlertid vil det være tvilsomt om det vil være mulig å få samlet reinen tilstrekkelig til at en kan foreta slike drivinger. På grunn av omfattende forstyrrelser fra anleggsdriften vil reinen bli mer spredt enn ellers. Det vil derfor bli nødvendig med et omfattende merarbeid som Sørgruppen ikke har kapasitet til. Det er umulig å få tak i kvalifisert hjelp.

Det fører bl.a. til at merkingen blir mangelfull, slakteuttaket blir redusert, kalveprosenten går ned og det blir større rovdyr tap. Videre vil det bli umulig å ha en god flokkstruktur

Etter dette kan det fastslås at det ikke vil være mulig å drive regulær reindrift i Sørgruppens område, slik at det er en klar risiko for at Sørgruppens reindrift må nedlegges.

11.Oversikt vindkraftanlegg i Fosen reinbeitedistrikt

Innenfor Fosen reinbeitedistrikt skal det bygges følgende vindkraftanlegg:

Sørmarkfjellet som beslaglegger 9,3 km², 65 turbiner med årlig produksjon 405 Gwh

Bessakerfjellet I	ferdigbygd	25	«	«	«	«	144	«	
Bessakerfjellet II	ferdigbygd	?	5	«	«	«	25	«	
Roan	«	26	«	110	«	«	«	810	«
Harbakkfjellet	«	?	33	«	«	«	«	235	«
Kvenndalsfjellet	«	8	«	42	«	«	«	260	«
Storheia	«	38	«	85	«	«	«	600	«

Et gjennomgående trekk med disse vindkraftverk (unntatt Storheia), er at områdene ikke benyttes årlig. I reindrifutredningene blir derfor områdene ikke regnet som viktig. I reindriften anses det for verdifullt å ha slike reservevinterbeiter, som i enkelte år kan forhindre en katastrofe.

Vindkraftverkene beslaglegger direkte 80 – 100 km² beiteland. I tillegg kommer en influenssone hvis størrelse vil variere avhengig av topografien og om det er simlerein eller okserein. Forsøk i Sverige viser at influenssonen kan utgjøre opp til 5 km. Hvis en forsiktigvis anslår influenssonen til å være gjennomsnittlig 2,5 km, vil det i hvert fall være ca. 300 km² beite som blir mindre utnyttet enn normalt. I tillegg beslaglegger 420 kv ledningen på 120 km 100m pluss influenssone på 1 km til hver side, slik at ca.250 km² beiteareal blir mindre utnyttet enn ellers. 132 kv ledningen som er på 62 km 50 m pluss influenssone på 500 m til hver side, slik at samlet areal som får redusert utnyttelse blir ca. 65 km².

Totalt beiteareal som får redusert utnyttelse blir etter dette 375 – 475 km². Det er således tale om et stort inngrep hvis en bare tar beitetapet i betraktning, men i tillegg kommer et betydelig merarbeid. Imidlertid er reinbeitedistriktets arbeidskapasitet begrenset, slik at en ikke vil være mulig å kompensere driftsulempene fullt ut gjennom merarbeid.

12.Oversikt eksisterende inngrep

De eksisterende inngrep skal som kjent tas i betraktning når det skal tas stilling til om inngrepet er i strid med folkeretten. I Fosen reinbeitedistrikt kan det listes opp følgende inngrep:

Vassdragsreguleringer (13)
Hyttefelt/spredt hyttebygging (17)
Veier
Turløyper/utfartsområde/masseturisme (16)
Småviltjakt med og uten hund
Forsvarets lavflyging
Jord og skogbruk
Økende motorferdsel i vinterbeiteområdene
Økning av beitende små- og bufe i deler av distriktet
Naturreservat og andre verneområder med forskrifter som skaper problemer for reindriften
Større grus/massetak
Småkraftverk

I tillegg kan fredning av rovdyr anses som et vesentlig inngrep. Det kan for øvrig vises til uttalelse fra undertegnede av 9. oktober 2009.

13.Konsesjonsvedtaket er folkerettstridig

Folkerettens terskel anses for å ligge på tapet av en siidaandel. Må Sørgruppen reduseres med en siidaandel på grunn av inngrepet, er det i strid med folkeretten. I og med at Sørgruppen fra tidligere har vært utsatt for mange og til dels store inngrep, vil selv et lite inngrep være folkerettsstridig, jfr. NOU 1997: 5, side 58. Sumvirkningene av eksisterende inngrep er ikke angitt i reindriftsrapporten og det er således en saksbehandlingsfeil.

Det kan derfor fastslås at den planlagte vindkraft- og nettutbygging i Fosen reinbeitedistrikt er folkerettsstridig.

14.Hvilken betydning har det for forhåndstiltredelsesspørsmålet at konsesjonsvedtaket kan være folkerettsstridig?

Spørsmålet blir da hvilken betydning det vil få for forhåndstiltredelsesspørsmålet?

I følge juridisk teori og lovforarbeider, jf. Kommentar til *Oreigningsloven* av Sandene/Keiserud side 255, vil ikke en tvist om gyldigheten av ekspropriasjonstillatelsen avskjære muligheten til å få samtykke til forhåndstiltredelse, men det er et moment hvis vektlegging vil avhenge av holdbarheten av innsigelsen mot ekspropriasjonstillatelsen. Når en har å gjøre med et inngrep som utgjør flere hundre km², når en regner med influensområdet, er sannsynligheten for at konsesjonsvedtaket er ugyldig svært stor. Ikke minst når en tar i betraktning eksisterende inngrep. Det må være riktig å legge betydelig vekt på de omfattende og langvarige skader som anleggsaktiviteten forårsaker. Det kan være spørsmål om ikke skadevirkningene, på grunn av anleggsarbeidet, isolert betraktet utgjør et folkerettsbrudd. En eventuell tvil om det, må det være riktig at tiltakshaver bærer risikoen for, når opplegget for anleggsarbeidet er blitt endret etter konsesjonsvedtaket.

15.»Samfunnsmessige hensyn» har ingen betydning for gyldighetsspørsmålet

Et viktig moment er at hvis et inngrep er å anse som folkerettsstridig, kan selv sterke samfunnshensyn ikke «redde» vedtaket. «*Samfunnsmessige hensyn*» skal i disse saker ikke tillegges vekt, kun omfanget av skadevirkningene for reindriften, jf. vedlagte uttalelse av FN's spesialrapportør om urfolks rettigheter av 20.09.2011 (**bilag 1**):

« FN-rapporten understreker at samenes rett til selvbestemmelse ikke er begrenset til bare å delta i beslutningsprosesser. Tvert i mot skal det i saker av stor betydning for samene, eksempelvis i saker som berører land og naturressursrettigheter – skal det samiske folk kunne avgjøre utfallet også om det strider mot interessene til flertallet av befolkning og/eller staten»

Uttalelsen viser at reindriftingsamene i inngrepssaker har en tilnærmet vetorett. Den rettslige situasjon blir derfor en annen enn i de saker hvor grunneiere påstår ugyldighet. Der vil det ofte være slik at samfunnsmessige hensyn veies opp mot grunneierens interesser. I denne sak hvor inngrepet udiskutabelt er stort og med en svært lang anleggstid må det være riktig at ugyldighetsspørsmålet må være et hovedmoment i den vurdering departementet skal foreta.

16.Andre momenter som taler for at konsesjonsvedtaket er folkerettsstridig

Det kan stilles spørsmål om ikke forhåndstiltredelse i ugyldighetssaker er folkerettsstridig, fordi domstolene blir påvirket av at tiltaket er ferdigbygd. Reindriftssamenes rettsstilling i henhold til folkeretten blir således vesentlig svekket.

Det må være riktig å legge betydelig vekt på at sørsamene er en minoritet innenfor den samiske folkegruppe, og er spesielt sårbar for inngrep på grunn av at de utgjør en liten gruppe hvis eksistens avhenger i vesentlig grad av at de får beholde gjenværende beiteområder. Dette er et moment som vi er sikker på at domstolene vil tillegge stor betydning.

17.Konklusjon

Det foreligger flere vesentlige saksbehandlingsfeil som har hatt betydning for konsesjonsvedtakets innhold, slik at det sannsynligvis av domstolene vil bli kjent ugyldig.

Det taler for at vedtaket er materielt sett er i strid med folkeretten at anleggsarbeidet vil være kontinuerlig i ca. 5 år, uten muligheter for reindriften til å bruke viktige beiteområder. Det vil føre til at reinen ikke vil tilvenne seg vindkraftverket i driftstiden.

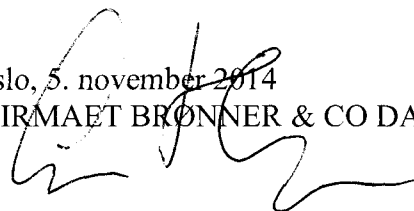
Det er tilstrekkelig at det er tvil om konsesjonsvedtaket er ugyldig for at forhåndstiltredelse skal nektes.

Et eventuelt samtykke til forhåndstiltredelse vil være folkerettsstridig og redusere betydningen av folkerettens beskyttelse av sørsamisk reindrift. Et slikt vedtak vil forrykke balansen mellom partene i disfavør av Sørgruppen, da det er sannsynlig at domstolene neppe vil treffe en avgjørelse som innebærer at et ferdigbygd tiltak må fjernes.

Et eventuelt samtykke til forhåndstiltredelse vil være i strid med Grunnlovens § 110a.

På denne bakgrunn vil Fosen reinbeitedistrikt kreve at det ikke gis samtykke til forhåndstiltredelse.

Oslo, 5. november 2014
ADVOKATFIRMAET BRØNNER & CO DA



Geir Haugen
advokat (H)



Andreas Brønner
advokat

20. september 2011 presenterer FNs spesialrapportør om urfolks rettigheter, professor James Anaya, sin rapport om situasjonen for det samiske folket til FNs menneskerettighetsråd.

RAPPORTEN I KORTE TREKK

Dette er et historisk dokument - både formelt og i innhold. Rapporten utgjør det første eksemplet på at FNs spesialrapportør presenterer en rapport som gjør oppmerksom på situasjonen for et urfolk som lever på tvers av landegrensene. I tillegg er rapporten den mest detaljerte FN-dokument hittil i forhold til å skissere menneskerettighetssituasjonen for det samiske folket. Rapporten viser en formidabel innsikt, hvor FNs spesialrapportør påpeker de mest presserende menneskerettighetsbruddene som det samiske folket står overfor. Spesialrapportøren kommer på bakgrunn av dette med konkrete anbefalinger til Finland, Norge og Sverige.

FNs rapport om det samiske folket bekrefter at samene har eiendomsrett til områder de tradisjonelt har brukt, og Finland, Norge og Sverige må la det samiske folk realisere disse rettighetene. Spesialrapportøren viser spesielt til at Norge må slutføre prosessen med å sikre og klargjøre samiske land-og ressursrettigheter, også sør for Finnmark, samt å ta hensyn til resultatene fra Kystfiskeutvalget. Han viser til at Finland må gi en spesiell beskyttelse for samisk reindrift. Han gjentar forrige samtaler ved FN og oppfordrer Sverige til en fleksibilitet i forhold til bevisbyrden i saker som omhandler reindriften samfunnsnivå og retten til land, samt at reindriften gis rettshjelp i slike saker.

FN-rapporten vises det til at nye lover og retningslinjer i Finland, Norge og Sverige med hensyn til naturressursutvinning unnlater å følge internasjonale standarder. Dette gir ingen tilstrekkelig beskyttelse for samenes tradisjonelle næringer. Spesialrapportøren påpeker at FØR innføring av lovgivende og administrative mekanismer, må det på forhånd innhentes et fritt og informert samtykke fra berørte samiske samfunn. Også han peker på mangelen på nytte-deling med samene, særlig med hensyn til gruvedrift og olje-og gassvirksomhet.

FNs rapporten om samer bekrefter at rovviltsskadene som påføres reindriften lokalsamfunn utgjør et menneskerettighetsspørsmål. Spesialrapportøren påpeker at Finland, Norge og Sverige må få redusert antall rovdyr til et bærekraftig nivå, og hvor reindriften får kompensasjon for skader forårsaket av rovdyr.

FN-rapporten understreker at samenes rett til selvbestemmelse ikke er begrenset til BARE å delta i beslutningsprosesser. Tvert imot skal det i saker av stor betydning for samene, eksempelvis i saker som berører land og naturressursrettigheter -- skal det samiske folk kunne avgjøre utfallet også om det strider mot interessene til flertallet av befolkning og / eller staten .