



## Hva betyr Fosen-saken for ny kraft?

Etter at Høyesterett i 2021 fastslo at vindkraftutbyggingen på Fosen innebar et brudd på samenes kulturelle rettigheter, har forståelsen av terskelen for konvensjonsbrudd og hvordan vi kan unngå det blitt sentralt for utbyggingen av ny kraft.

### 1. Aktualitet

Norge står overfor et økt kraftbehov fremover, samtidig som vi står overfor vesentlige klimautfordringer. Norge må jobbe aktivt for å nå klimamålsetningene og inkluderer et økt fokus på fornybar kraftutbygging.

På samme måte som kraftproduksjon og nettutbygging, legger også reindriftnæringen beslag på store arealer. Når fornybar kraftutbygging krever reinbeitearealer oppstår det en konflikt mellom vindkraftnæringen og samiske interesser. Dette har resultert i flere rettssaker som har vært og skal opp for retten. I Fosen-saken var det første gang reindriftsinteresser vant i Høyesterett med påstanden om brudd på deres menneskerettigheter i HR-2021-1975-S. Krenkelsen av kulturvernet til samene etter Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 ble deretter «løst» ved at det ble inngått avtaler med de to siidaene som var berørt av Storheia og Roan vindkraftverk. Avtalene som ble inngått mellom siidaene viser at dialog kan skape muligheter for sameksistens mellom de to interessene; vindkraft og reindrift.

Vi skal i denne artikkelen beskrive de rammene vi beveger oss innenfor i spørsmålet om en mulig sameksistens mellom vindkraftverk og reindriften, med fokus på privatrettslige avtaler mellom utbyggere og reindriftsutøvere.

## 2. Rettslig utgangspunkt

Det klare utgangspunktet er at utbygging av et vindkraftverk aldri skal utgjøre et brudd på menneskerettigheter som Norge har forpliktet seg til å følge.

Staten er bundet av flere rettslige rammer når det gjelder vedtak som kan påvirke samisk reindriftsutøvelse. For det første har vi en bestemmelse i Grunnlovens §108 som pålegger staten en plikt til å legge forholdene til rette for det samiske folket og skal sikre at de kan utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv. I tillegg har vi sett i Fosen-saken at SP artikkel 27 er sentral for vurderingen av hva slags vedtak staten kan fatte i samiske reindriftsområder. Også ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169) inneholder vesentlige rammer for staten når det gjelder hvordan de skal opptre i prosesser hvor urfolk blir påvirket negativt. I tillegg består intern norsk lovgivning av spredte bestemmelser i flere lover som er ment å hensynte samiske interesser. Særlig samelovens kapittel 4 om konsultasjoner er sentral for samenes muligheter til å ta del i konsesjonsprosessen gjennom dialoger med beslutningstakerne.

Den siste tiden har vi særlig sett betydningen av SP artikkel 27 i spørsmålet om hvorvidt et vindkraftverk utgjør et brudd på samenes rettigheter. Det er også denne bestemmelsen vi skal fokusere på i denne artikkelen. Konvensjonsbestemmelsen lyder slik:

*“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.”*

Særlig FNs menneskerettighetskomiteens uttalelser i enkeltsaker vil være av betydning for fastleggelsen av innholdet i konvensjonsbestemmelsen. Høyesterett har også tolket bestemmelsens innhold i sin avgjørelse i Fosen-saken.

Vurderingen av hva som vil utgjøre et ulovlig inngrep i den samiske kulturutøvelsen etter SP artikkel 27 er et spørsmål om inngrepet fører til **vesentlige negative konsekvenser** for samenes mulighet til kulturutøvelse. I tillegg må inngrepet sees i sammenheng med andre tiltak, både tidligere og planlagte. Det er altså den samlede effekten av tiltaket som er avgjørende for om det foreligger en krenkelse.

Et vesentlig poeng er at tolkningen av bestemmelsen ikke vil være dynamisk. Den vil ikke endres som følge av et økt kraftbehov eller at samfunnet ellers ønsker utbygging av kraft i samiske områder. I dette ligger det også at bestemmelsen ikke åpner for en forholdsmessighetsvurdering eller interesseavveining hvor andre samfunnsinteresser veies mot de samiske minoritetsinteressene. Det skal altså ikke skje en interesseavveining mellom ny kraft og beskyttelsen av den samiske kulturen. Likevel åpner Høyesterett for at det kan tenkes at behovet for ny kraft og det grønne skiftet kan bli såpass stort at det i konkrete tilfeller vil kunne komme inn med en slik tyngde at det må foretas en avveining.

Faktum er likevel at det foreligger et stort behov for ny kraft, og vi vil ikke kunne unngå å bygge ut fornybar kraftproduksjon i samisk reindriftsområder, særlig ettersom rundt 40% av Norges arealer er regnet som reinbeitearealer. Utbyggingen må likevel foregå på en måte som ikke innebærer en krenkelse av samenes kulturvern, så lenge vi ikke befinner oss i den tenkte situasjonen Høyesterett referer til.

Det er staten som er pliktsubjekt og det er derfor staten som ikke kan fatte vedtak som innebærer vesentlige negative konsekvenser for samenes kulturutøvelse. Det vi skal se nærmere på her er vindkraftselskapenes muligheter i perioden før og underveis i konsesjonsprosessen for å sikre seg at utbyggingsplanene ikke vil utgjøre et konvensjonsbrudd.

For det første kan utbyggingselskapene forsøke å komme i dialog med de samiske interessene på et tidlig tidspunkt og planlegge utbyggingen i samråd med disse. I dette ligger det både en mulighet for å sikre at utbyggingen og driften ikke påvirker de samiske interessene på en unødvendig negativ måte. For det andre så kan alternative avbøtende tiltak kunne avdekkes og avtales mellom partene.

### **3. Betydningen av avtaler og samtykke**

#### **3.1 Fosen-avtalene**

Etter at Høyesterett i 2021 konstaterte at konsesjonene til Storheia og Roan vindkraftverk på Fosen krenket samenes kulturvern etter SP artikkel 27, var det spekulasjoner og ulike synspunkter på vindkraftverkernes fremtid i samiske interesseområder.

«Løsningen» på konsesjonsbruddet ble til slutt private avtaler mellom Sør-Fosen sijte og Fosen Vind i desember 2023 og Nord-Fosen siida og Roan Vind i mars 2024. Begge avtalene inneholder de samme hovedpunktene.

Først og fremst avtales det en økonomisk kompensasjon som skal betales av vindkraftselskapene til siidaene. Vindkraftselskapene skal betale 7 millioner årlig fra starten av konsesjonsperioden i 2018 og ut konsesjonsperioden – totalt 25 årlige beløp. Kompensasjonen skal justeres i tråd med konsumprisindeksen årlig. Summen av kompensasjonene ser ikke ut til å være basert på kalkulasjoner av eksakte merkostnader for reindriften. Den totale erstatningssummen må her ses i lys av at det var konstatert et konsesjonsbrudd og det forelå et stort behov for både partene og staten å komme frem til en forent løsning mellom partene.

Staten har i tillegg påtatt seg å fremskaffe alternativt vinterbeiteareale utenfor reinbeitedistriktet. Dersom staten ikke klarer å finne et slikt tilleggsareale, kan siidaene heve avtalen.

Staten har også påtatt seg andre forpliktelser. I avtalen mellom Nord-Fosen siida og Roan Vind AS fremgår det at partene anmoder staten om å bidra til å etablere et sør-samisk kulturfond, ettersom den sørsamiske kulturen er særlig sårbar. I tillegg vil regjeringen foreslå at en andel av verdiskapningen tilsvarende 0,1 øre/kWh skal gå direkte til reindriften, og holdt løftet ved det reviderte nasjonalbudsjettet i mai i år. Dette vil da være en del av tiltaket ved å avsette 0,2 øre/kWh av vindkraftproduksjonen til lokale formål som natur, reindrift og eventuelt andre formål som er direkte berørt av arealbruken. For Fosen vil det da være naturlig at midlene tildeles siidafondene til Nord-Fosen siida og Sør-Fosen sijte.

Til gjengjeld har siidaene akseptert og samtykket til at vindkraftverkene har rett til å ha etablert og drifte vindkraftverkene med tilhørende veier og anlegg i samsvar med konsesjonene ut konsesjonsperioden. For videre drift etter konsesjonsperioden har siidaene en vetorett. Vindkraftselskapene må altså få et samtykke fra siidaene dersom de ønsker å søke om forlengelse av konsesjonene.

Avtalene som ble inngått medførte med andre ord at konsesjonsbruddet på Fosen ble reparert og opphørte.

#### **3.2 Informert forhåndssamtykke**

Siidaene på Fosen kom altså med et endelig samtykke på videre drift av vindkraftverkene ut konsesjonsperioden. Et slikt samtykke kan imidlertid også innhentes på et tidligere tidspunkt. Det vil da ta form av et informert forhåndssamtykke. Dette er et gjeldende prinsipp i

folkeretten, og kommer til uttrykk i Urfolkserklæringen artikkel 19, og er også kjent som FPIC – Free, Prior and Informed Consent.

Et spørsmål i den internasjonale urfolksretten har vært hvorvidt urfolk i enkelte tilfeller har en vetorett når offentlige beslutninger har negativ innvirkning på deres kulturutøvelse. Et uttrykk for en slik vetorett kommer bl.a. til uttrykk i ILO-169 artikkel 16, hvor et samtykke må foreligge for at urfolkene skal forflyttes fra landområder der de lever.

Ellers kan det ikke oppstilles et vilkår om at urfolkene må samtykke til tiltak som vil negativt påvirke dem. Det Fosen-saken imidlertid illustrerer, og som også praksis fra Menneskerettighetskomiteen ved tolkningen av SP artikkel 27 viser, er at et samtykke fra urbefolkningen kan medføre at et tiltak som i utgangspunktet vil utgjøre en konvensjonskrenkelse, likevel ikke går klar. Dersom det innhentes samtykke kan vindkraftselskapene altså «sikre seg» mot at utbyggingen vil utgjøre et brudd på konvensjonen. Utbyggere som vet at utbyggingsplanene vil påvirke samisk kulturutøvelse har derfor et incentiv til å inngå i dialoger med samiske interesser på et tidlig tidspunkt i planleggingsprosessen.

På denne måten kan avtaler og samtykke fra de samiske interessene skape muligheter for vindkraftselskapene. Vi ser også at avtaler og samtykke kan dreie seg om deler av tiltaket, altså mellomvarianter, hvor de samiske interessene samtykker til enkelte deler av prosjektet.

Det er imidlertid grenser for hva urfolkene kan samtykke til. Praksis fra menneskerettighetskomiteen tilsier at urfolkene ikke kan samtykke til tiltak som vil sette livsgrunnlaget til urfolket på spill. Det er altså en sikkerhetsventil for at eksempelvis én siida skal samtykke til utbyggingen av et vindkraftverk i et tradisjonelt reindriftsområde som medfører at det ikke lengre er noen mulighet for å drive reindrift i området. Det må også dokumenteres at de avtaler som inngås er basert på tilstrekkelig informasjon og at samtykket er fritt gitt. Der NVE eller Energidepartementet skal vurdere hvorvidt en konsesjon skal gis, og de inngår i konsultasjoner med de samiske interessene, vil det påligge et særlig ansvar for forvaltningen til å påse at de samiske interessene fullt ut har forstått hva de samtykker til og at det ikke er foreligger grunnlag for at samtykke ikke er informert og fritt avgitt. Det er må også forsikres om at de som gir samtykke rettmessig representerer de interessene som blir berørt.

Et forhåndsinformert samtykke kan også inneholde vilkår og forutsetninger. Det er i det hele tatt mer sannsynlig at reindriftsutøverne vil samtykke på visse vilkår om avbøtende tiltak som minsker de negative konsekvensene tiltaket har for reindriften. I Fosen-saken samtykket siidaene med vilkår om økonomisk kompensasjon samtidig som samtykket til videre drift kan trekkes dersom staten ikke klarer å finne et passende alternativt vinterbeiteområde. Betydningen av avbøtende tiltak vil gjennomgåes nedenfor.

## **4. Terskelvurderingen i Artikkel 27**

### **4.1 Hvordan utfører NVE / Energidepartementet terskelvurderingen i artikkel 27**

Det videre spørsmålet er hvordan Fosen-saken vil ha innvirkning på den terskelvurderingen som NVE og eventuelt Energidepartementet skal gjennom ved å vurdere nye vindkraftkonsesjoner eller forlengelsen av eksisterende konsesjoner.

Alle prosjekter i reindriftsområder må gjennom terskelvurderingen som forklart i punkt 2. Dette gjelder bl.a. vindkraftverk, kraftlinjer, vannkraftutbygging og mineralutvinning. NVE og Energidepartementet har en plikt til å inngå i konsultasjoner med de samiske interessene som kan bli påvirket av et vedtak til konsesjon. Dette følger nå klart av samelovens kapittel 4. I disse konsultasjonene vil det fremgå hvordan en konsesjon vil påvirke den samiske kulturutøvelsen

i område, hvorvidt det foreligger mulige avbøtende og alternative tiltak som vil minske den negative innvirkningen og hvorvidt det er gitt helt eller delvis samtykke fra de samiske interessene til tiltaket.

Konsultasjonsplikten foreligger allerede der det er en *mulighet* for direkte påvirkning på samiske interesser. Konsultasjonsplikten er en varig plikt igjennom hele konsesjonsprosessen, og det er ikke tilstrekkelig med konsultasjoner bare i starten eller mot slutten – det må være en kontinuerlig dialog frem til det endelige konsesjonsvedtaket, samt behandlingen og godkjenningen av detaljplanen for vindkraftverket.

NVE og eventuelt Energidepartementet må foreta en selvstendig vurdering av om tiltaket vil innebære vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse, og må se tiltaket i sammenheng med andre tidligere eller planlagte tiltak. Dersom resultatet av terskelvurderingen viser at det vil foreligge slike vesentlige negative konsekvenser og avbøtende tiltak ikke er tilstrekkelig til å bringe tiltaket under terskelen, foreligger det en plikt til å avslå konsesjonssøknaden.

Er resultatet av terskelvurderingen at NVE eller Energidepartementet i en eventuell klageomgang konkluderer med at det ikke foreligger vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse, *kan* konsesjon gis. I tillegg kan det også stilles spørsmål ved om det vil være et større ønske om å forsikre seg om at det ikke gis nye konsesjoner som innebærer konvensjonsbrudd. Det kan være grunn til å tro at NVE og Energidepartementet vil sikre seg med en viss sikkerhetsmargin og ha en strengere praksis for hvorvidt konsesjon skal gis i samiske interesseområder, eller i hvert fall at det blir en mer inngående vurdering av avbøtende tiltak som reflekteres i vilkår satt av forvaltningen for det endelige konsesjonsvedtaket eller godkjenningen av detaljplanene.

NVE har også gitt uttrykk for at de av hensyn til blant annet reindriften ønsker å behandle og se prosjekter i sammenheng og prioritere de beste. Dette tyder på at reindriften i seg selv ikke vil være et hinder, men at NVE vil være seg bevisst konsekvensene av å vedta vindkraftverk som vil hindre samisk kulturutøvelse og heller prioritere andre prosjekter. NVE uttaler at prosjektene som vil få konsesjon i Finnmark vil være de som har høy verdi for samfunnet og akseptable konsekvenser for omgivelsene. Det er da grunn til å tro at de prosjektene som vil ligge tett opp mot terskelen for konvensjonskrenkelse ikke vil bli godkjent.

Samlet sett vil «makten» til de samiske interessene kunne sies å være noe økt etter Fosen-saken og de avtalene som ble inngått i ettertid. Samtidig foreligger det fortsatt ingen vetorett for de samiske interessene til å avslå nye vindkraftprosjekter i samiske interesseområder. Vi ser også at vetoretten som er lagt til kommunene ved nye konsesjoner til vindkraftverk kan medføre at kommunene også vil være tilbakeholden med å gi godkjenning til vindkraftverk som de lokale samiske interessene er imot.

Fosen-saken har også kastet lys på de mulighetene som utbyggersekselskapene kan ha ved forutgående dialog med de samiske interessene, med fokus på hvordan det endelige prosjektet kan utformes for å ha minst mulig negative konsekvenser på de samiske interessene, og sikre gode kompensasjonstiltak for de samiske interessene.

## **5. Avbøtende tiltak**

Som nevnt er en del av vurderingen av hvorvidt det foreligger vesentlige negative konsekvenser for kulturutøvelsen, hvorvidt det er innført avbøtende tiltak. Vi vil her vise hva slike avbøtende tiltak kan gå ut på og grensen for hvilke avbøtende tiltak som kan hensyntas i vurderingen av hvorvidt vi står ovenfor et konvensjonsbrudd eller ikke.

Avbøtende tiltak kan komme i flere former. Helt overordnet vil dette som oftest være tiltak av økonomisk karakter og som medfører at de negative innvirkningene som de samiske reindriftsutøverne opplever for reindriften som følge av vindkraftverkets oppføring og drift.

Konsultasjonsprotokoller fra konsultasjoner utført mellom NVE og reindriftsinteressene viser at konsultasjonene gjerne omhandler hvilke alternative avbøtende tiltak som reindriftsinteressen foreslår innført for at de kan fortsette med sin kulturutøvelse. Hvorvidt de avbøtende tiltakene kan realiseres vil kunne være sentralt for vurderingen av om det endelige vedtaket innebærer en krenkelse av kulturvernet etter SP artikkel 28.

Det er i utgangspunktet tiltakshaver som skal bekoste de avbøtende tiltakene. Et klart eksempel på et slikt avbøtende tiltak er nettopp den økonomiske kompensasjon som ble avtalt mellom vindkraftselskapene og siidaene på Fosen. I tillegg kan avbøtende tiltak også være finansiert av staten eller kommunen, slik som statens forpliktelse til å lete etter alternativt beiteareale for siidaene på Fosen.

Det kan videre være egne tiltak for byggefasen og andre tiltak for selve driftsfasen. Det vesentlige for hvorvidt et tiltak er aktuelt som avbøtende for de negative konsekvensene for reindriften er at de samiske interessene faktisk som avbøtende for de negative konsekvensene. Som følge av dette er det essensielt å være i dialog med de samiske interessene for å tilpasse tiltakene og utforme prosjektet på en slik måte at de negative konsekvensene blir avbøte på en tilfredsstillende måte. Det bør altså opprettholdes en kontinuerlig dialog med reindriftsinteressene for å kunne imøtegå og unngå unødvendig negativ påvirkning på reindriften. Dette kan gjøres ved å etablere rutiner for kommunikasjon og koordinering mellom prosjektet og reindriften.

Eksempler på avbøtende tiltak er direkte kompensasjon for merutgifter, slik som utgifter til foring, kalving, diverse gjerdeordninger, slakteanlegg, elektronisk reinmerking med eksempelvis GPS-bjeller osv. og det merarbeidet og ekstrainsatsen som trengs i tilknytting til planlegging og administrasjon. Det kan videre være alternative beitearealer, og da med særlig fokus på å finne et alternativt vinterbeiteareale, som på Fosen. Det kan være diverse tiltak mot iskast, eksempelvis i form av sensorer på turbinbladene og eller andre radar-løsninger. I trekkområder kan det være å sikre gjennomfarten ved bruk av lastebiler eller ATV og stans av vindturbinene på enkelte tidspunkter. Det kan være å tilpasse plasseringen av adkomstveier og det kan være å legge nettkabler i grunnen heller enn over bakken. Det er i det hele tatt mange muligheter for å avbøte de negative konsekvensene på reindriften.

Et eksempel på avbøtende tiltak som ble akseptert av reindriftsinteressene fremgår av Høyesteretts avgjørelse i Fosen-saken, hvor det fremgår at «[i] saken her er tilskudd som er gitt til Nord-Fosen siidas slakteanlegg ved Meungan, og tilskudd til blant annet elektronisk reinmerking og sperregjerder til Sør-Fosen slette, eksempler på tiltak som er relevante i krenkelsesvurderingen.»

Det må også nevnes at de samiske interessene må «tåle» at det iverksettes avbøtende tiltak som medfører at de ikke kan fortsette helt som før. Dette er en del av det alminnelige ekspropriasjonsrettslige erstatningsprinsippet om tilpasningsplikt. Reindriften har altså en plikt til å tilpasse driften så lenge selve næringsgrunnlaget ikke rokkes ved, og det ikke utgjør vesentlige negative konsekvenser for kulturutøvelsen.

Som følge av at det er de samiske interessene som må kunne avgjøre hvorvidt tiltakene faktisk er passende og avbøtende, medfører dette at det vil være noen grenser for hva som kan regnes som avbøtende tiltak. Høyesteretts avgjørelse i Fosen-saken viser her også noen

absolutter, hvor det fremgår at alternative tiltak som avviker vesentlig fra tradisjonell nomadisk reindrift ikke kan regnes som avbøtende. Grunnen til at Høyesterett går inn på dette var at Lagmannsretten forsøkte å åpne opp for erstatning for vinterforing ved innhegning av reinsdyrene. Dette ble i dette tilfellet ikke godkjent som et alternativt avbøtende tiltak.

## 5.1 Eksempelsaker

Som illustrasjon vil vi knytte noen kommentarer til to eksisterende vindkraftverk som ligger i samiske interesseområder. Eksempelene er ment å illustrere at hver enkel vindpark må vurderes for seg, og at de negative konsekvensene for muligheten til kulturutøvelse, så vel som de aktuelle avbøtende tiltakene, må vurderes konkret for det enkelte prosjekt og reindriftsinteressene.

### 5.1.1 Fakken Vindkraftverk

Fakken vindkraftverk på Vannøya i Troms er et eksempel på en sameksistens uten konflikt mellom vindkraft og reindrift. Det er inngått en ny avtale i april 2024 mellom reieneier Thore Vidar Kitti i Vártná Reinbeitedistrikt og Tromsø Kraft Vind om en mulig utvidelse av Fakken vindkraftverk. Gjennom dialog har de klarlagt den mulige utvidelsen og oppgraderingen av vindkraftverket i form av plassering og av vindturbinene, veier og anlegg. I tillegg skal det være diverse varslingsplikter underveis for Troms Kraft Vind for å hensynta iskastfare og flytting av rein. Det er også avtalt en økonomisk kompensasjon for bruken av arealet.

### 5.1.2 Øyfjellet vindkraftverk

Det er i disse dager en pågående rettssak angående Øyfjellet vindpark eid av Øyfjellet Wind AS i Vefsn kommune i Nordland. Jillen-Njaarke reinbeitedistriktet har uttalt at høyesterettsdommen fra Fosen vil brukes som argumenter i saken. Også denne saken er et ekspropriasjonsskjønn hvor formålet er å fastsette erstatning for ervervelsen av grunnen til vindkraftverket. I tillegg til erstatning, skal retten ta stilling til om konsesjonen for vindkraftverket er ugyldig. Det er også et tema hvorvidt reinbeitedistriktet som følge av vindparken «tvinges» inn i et driftsmønster som strider mot det kulturelle vernet ettersom de da må drive på en måte som er langt fra tradisjonell drift. Til forskjell fra Fosen-saken så er ikke vindkraftverket lokalisert direkte på et vinterbeiteområde. Det er imidlertid plassert der det går en flyttelei til et vinterbeiteområde. Bruken av dette beiteområdet og flytteleien som brukes er sentralt i denne saken.

Verdt å nevne er at det i konsesjonen til Øyfjellet vindkraftverk spesifikt kommer frem at konsesjonæren skal inngå avtale med Jillen-Njaarke reinbeitedistrikt om et forslag på avbøtende tiltak for reindriften for anleggs- og driftsfasen. Forslaget skal også inneholde måter å sikre adkomsten til vinterbeite via flytteleien gjennom planområdet. I klagevedtaket er også Olje- og energidepartementet (nå Energidepartementet) klare på at en eventuell omlegging av flyttelei ikke kan skje uten reindriftsmyndighetens samtykke. Øyfjellet-konsesjonen omtaler altså både avtaler, avbøtende tiltak og samtykke fra reindriften.

## 6. Hva skjer ved konsesjonsbrudd?

Dersom en eventuell konsesjon innebærer konsesjonsbrudd, skal dette avdekkes gjennom konsultasjoner og NVE eller Energidepartementet har plikt til å avslå søknaden. Muligheten til å avdekke dette ligger både i konsultasjonsrundene som skal foretas og høringsrundene som inngår i konsesjonsbehandlingen, i tillegg til forvaltningens selvstendige plikt til å påse at konsesjonsbrudd ikke skjer.

Dersom konsesjon likevel gis, står vi ovenfor samme situasjon som forelå på Fosen. I Fosen-saken ble ikke ugyldighetsspørsmålet i seg selv rettskraftig avgjort. Domsslutningen til Høyesterett var at skjønnet ble nektet fremmet for vindkraftverkene på Roan og Storheia. Det

er da nødvendig at forvaltningsorganet selv omgjør vedtaket. Skulle en rettskraftig avgjørelse i en annen sak avgjøre i domsgrunnene at konsesjonsvedtaket er ugyldig som følge av konvensjonsbrudd, vil imidlertid konsesjonen i seg selv falle bort.

I Fosen-saken ble konvensjonsbruddet «løst» ved at det ble inngått privatrettslige avtaler mellom vindkraftselskapene og siidaene, i tillegg til andre avbøtende tiltak staten måtte utføre. Et annet utfall kunne vært at konsesjonene ble endret etter Energilovens § 10-4. Denne bestemmelsens første ledd åpner opp for at en konsesjon kan endres i «særlige tilfeller» av hensyn til «allmenne interesser». Det er en høy terskel for å endre konsesjoner som er gitt, særlig av hensyn til konsesjonærens innrettelse etter at konsesjonen er gyldig. Likevel må et konvensjonsbrudd kunne sies å utgjøre et slikt særlig tilfelle som medfører at forvaltningen har adgang til å endre konsesjonen.

I praksis vil en endring av konsesjonen innebære at det inntas nye vilkår i konsesjonen for å avbøte de negative konsekvensene vindkraftverket har for reindriften. Det kan eksempelvis innføres vilkår om antall vindturbiner, plassering av vindturbiner, midlertidig stans av produksjonen, økonomisk kompensasjon og andre alternative avbøtende tiltak. Det er likevel verdt å merke seg at dette ikke ble gjort i Fosen-saken.

Et spørsmål i forlengelse av dette er om staten er ansvarlig for det økonomiske tapet som vindkraftselskapet lider som følge av å ha stolt på at konsesjonsvedtaket var gyldig.

Det kan være at bare deler av konsesjonsvedtaket medfører at det blir ugyldig, slik at forvaltningen kan fatte et nytt vedtak som medfører at vindkraftselskapet kan fortsette å drifte, men med andre vilkår. På den andre siden av skalaen er tilfellene hvor hele konsesjonen som sådan bortfaller, og det ikke fattes et nytt konsesjonsvedtak.

Uansett hva slags eventuelle endring det blir for vindkraftselskapet, så vil de lide økonomiske tap som følge av omgjøringen. Det er foretatt investeringsbeslutninger som gjerne involverer flere parter med banker, private investorer, kraftkjøpsavtaler (PPA'er), avtaler om oppgradering av nettet med det lokale nettselskapet og utbyggingskontrakter med entreprenører. Poenget er at en omgjøring av konsesjonen vil innebære store ringvirkninger og økonomiske konsekvenser for vindkraftselskapet.

Skal staten være erstatningsansvarlig, må det foreligge et ansvarsgrunnlag. Høyesteretts fastslår i Rt. 2010 s. 291 (Vangen Eiendom) at staten ikke automatisk er erstatningsansvarlig for ugyldige forvaltningsvedtak. Utgangspunktet er derfor at staten ikke er objektivt ansvarlig for ugyldige forvaltningsvedtak og ansvarsgrunnlaget må derfor bero på hvorvidt staten har handlet uaktsomt. I et tilfelle hvor staten har tatt feil av jussen, blir det et spørsmål om det foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse som kan frita staten for ansvar. Dette må vurderes i det konkrete tilfellet, og det er vanskelig å si hvorvidt en domstol vil komme til at det foreligger en slik unnskyldelig rettsvillfarelse eller om staten ikke har handlet med den aktsomhet som var å forvente. Det må også understrekes at staten må kunne underlegges en streng aktsomhetsnorm når det gjelder lovanvendelse, og kanskje særlig hvor et vedtak kan innebære et brudd på menneskerettigheter. Til illustrasjon var konvensjonsbestemmelsen, etter vår forståelse, en del av vurderingen til forvaltningen i konsesjonsbehandlingen i Fosen-saken. Likevel har kunnskapen og forståelsen av hva som innebærer et konvensjonsbrudd utviklet seg etter at konsesjonsvedtaket ble fattet, og Høyesterett fant derfor konsesjonen konvensjonsstridig i 2021. Det har altså vært en dynamikk i hvordan man forsto faktum i Fosen-saken, selv om selve konvensjonsbestemmelsen og kulturvernet har stått fast.

I erstatningsvurderingen vil det nok også være sentralt å se hen til at selskapene har et selvstendig ansvar for å utforme prosjekter på en slik måte at de hensyntar andre interesser, og



slik at de ikke innebærer menneskerettighetsbrudd. Særlig kravene til aktsomhetsvurderinger og rapporteringsplikter som følger av åpenhetsloven skjerper kravene til selskapene. De pålegges en plikt til å gjennomgå virksomheten og prosjektene sine og holde seg oppdatert på hvordan de påvirker andre interesser. Etter åpenhetsloven § 4 har selskaper i tillegg et selvstendig ansvar til å gå i dialog med rettighetshavere som berøres av deres virksomhet. Dette medfører altså at vindkraftselskaper har en selvstendig plikt til å inngå i dialoger med reindriften dersom de planlegger vindkraftprosjekter i reindriftsområder. Dette kan medføre at selskaper som burde vært bevisst risikoen prosjektet kunne ha for de samiske rettighetene, og har unngått å gå i dialog og tilpasse driften, ikke bør nyte godt av et statlig ansvar for deres økonomiske tap.

Et mulig utfall er derfor at selskapene har et medvirkningsansvar i dette tilfellet, eller at erstatningssummen må avkortes som følge av at vindkraftselskapene selv har tatt del i at prosjektet deres har krenket samenes rett til kulturutøvelse. Dette har altså en mulig side til alminnelige erstatningsrettslige medvirkningsprinsipper og avkortning eller bortfall av erstatning som følge av skadelidtes medvirkning.

Utenom de rettslige kravene til å gjøre aktsomhetsvurderinger og rapporteringsplikter, så vil det også utgjøre en omdømmerisiko for selskapene dersom de ikke tar konvensjonsbruddet på alvor og inngår i dialoger med de samiske interessene. Selskapenes kan da bli møtt med reaksjoner og konsekvenser fra øvrige interessenter. Et eksempel på dette er Storebrand sin beslutning om å utelukke investeringer i Øyfjellet vindkraftverk som følge av påstandene om brudd på samenes kulturvern.



#### **Peter Aall Simonsen**

Peter er leder Simonsen Vogt Wiig sin gruppe for infrastruktur og fornybar energi. Han er anerkjent som en ledende advokat innen både infrastruktur, prosjektutvikling og finansiering, og har omfattende erfaring med vindkraft-, vannkraft-, biomasse og kabelforbindelsesprosjekter, kraftkjøpsavtaler samt komplekse og grensekryssende prosjektfinansieringer. Peter har også jobbet i NVE og har vært styreleder i Norsk vindkraftforening.

📞 +47 920 23 789

✉ [pes@svw.no](mailto:pes@svw.no)



#### **Vilde Aanensen Eriksen**

Vilde er tilknyttet Simonsen Vogt Wiig sin gruppe for infrastruktur og fornybar energi. Hun har skrevet masteroppgave om konsultasjonsplikten i samiske saker og dens betydning for gyldigheten av anleggskonsesjon for vindkraftverk.

📞 +47 412 31 879

✉ [ver@svw.no](mailto:ver@svw.no)