

Nasjonal ramme for vindkraft

Det folkerettslige vernet av samiske interesser i konsesjonsbehandlingen

Even Vegard Dalen

Amanda Villaruel



Rapport, bokmål nr 15-2019

Nasjonal ramme for vindkraft

Utgitt av: Norges vassdrags- og energidirektorat

Redaktør: Anne Rogstad

Forfatter: Even Vegard Dalen
Amanda Villaruel

Trykk: NVEs hustrykkeri

Forsidefoto: Bessakerfjellet vindkraftverk. Foto: Olav Haaverstad/NVE

ISBN: 978-82-410-1839-8

ISSN: 1501-2832

Sammendrag: Rapporten er en del av NVEs forslag til nasjonal ramme for vindkraft. Rapporten beskriver det folkerettslige vernet av samiske interesser og hvordan dette ivaretas i konsesjonsbehandlingen.

Emneord: vindkraftverk, kraftledninger, nasjonal ramme, samiske interesser, folkerett

Norges vassdrags- og energidirektorat
Middelthunsgate 29
Postboks 5091 Majorstua
0301 OSLO

Telefon: 22 95 95 95
Epost: nve@nve.no
Internett: www.nve.no

1.4.2019

Innhold

Forord	3
Sammendrag	4
1 Innledning	5
1.1 Formålet med denne rapporten.....	5
1.2 Vernet av samisk kultur.....	5
1.2.1 Innledning	5
1.2.2 Samisk reindrift	5
1.2.3 Samisk utmarksbruk.....	6
1.3 Det folkerettslige vernet	6
1.3.1 Innledning	6
1.3.2 Prosessuelle krav.....	6
1.3.3 Materielle krav.....	7
1.4 Vernet etter intern norsk rett	7
1.4.1 Innledning	7
1.4.2 Grunnloven § 108	7
1.4.3 Finnmarksloven.....	8
1.4.4 Naturmangfoldloven	8
1.4.5 Plan- og bygningsloven og forskrift om konsekvensutredninger	9
1.4.6 Reindriftsloven	10
2 Det folkerettslige vernet	12
2.1 Innledning	12
2.2 ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater	12
2.2.1 Innledning	12
2.2.2 Om konsultasjoner	13
2.2.3 Prop. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. (konsultasjoner).....	14
2.3 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27	15
2.3.1 Innledning	15
2.3.2 Innholdet i SP artikkel 27	15
2.3.3 Nektelse av retten til kulturutøvelse.....	16
2.3.4 Tiltak som er særlig inngripende	17
2.3.5 Betydningen av samiske hensyn for skjønnsutøvelsen etter energiloven.....	18
3 Folkerettslige plikter i saksbehandlingen	18
3.1 Innledning	18
3.2 De ulike saksbehandlingskravene.....	19
3.2.1 Utredningsplikten	19
3.2.2 Varslingsplikt og høringsprosess.....	19
3.2.3 Innsigelsesrett og klagerett	19
3.2.4 Konsultasjonsplikt	20
3.3 De ulike saksbehandlingstrinnene.....	20

3.3.1	Innledning	20
3.3.2	Meldingsstadiet	20
3.3.3	Konsekvensutredninger.....	20
3.3.4	Søknad om konsesjon.....	21
3.3.5	Vedtak.....	21
3.3.6	Klage på konsesjonsvedtak og opprettholdt innsigelse	21
3.3.7	Miljø-, transport- og anleggsplan og detaljplan	21
3.3.8	Vilkår i konsesjon og krav til tiltak for å begrense ulemper ..	22
3.3.9	Klage på detaljplan eller miljø-, transport- og anleggsplan ..	22
4	Eksempelsaker.....	23

Forord

Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) har fått i oppdrag av Olje- og energidepartementet (OED) å lage et forslag til en nasjonal ramme for vindkraft på land.

Den nasjonale rammen skal bestå av:

- Et oppdatert kunnskapsgrunnlag om virkninger for miljø og samfunn
- Kart over de mest egnede områdene for vindkraft

I mai 2018 publiserte NVE en egen temarapport om virkningene av vindkraft og kraftledninger på samisk reindrift og annen utmarksbruk. I løpet av utredningsarbeidet for NVEs forslag til nasjonal ramme for vindkraft på land har det blitt gjennomført konsultasjoner med Sametinget og NRL. NVE har i samråd med Sametinget og NRL sett et behov for en egen temarapport om de særskilte vernebestemmelser for samisk kultur og næringsutøvelse.

Rapporten er utarbeidet av NVE med innspill fra Sametinget og NRL. Formålet med rapporten er å beskrive på hvilken måte det rettslige vernet av samisk kulturutøvelse og næringsutøvelse blir ivaretatt i NVEs behandling av vindkraft- og kraftledningssaker. Rapporten er en del av NVEs forslag til nasjonal ramme for vindkraft og vil bli oversendt Olje- og energidepartementet. Rapporten presenterer det folkerettslige vernet av samiske interesser og hvordan dette ivaretas i konsesjonsbehandlingen.

Oslo, 1.4.2019



Rune Flatby
direktør



Erlend Bjerkestrand
prosjektleder

Sammendrag

Folkeretten stiller krav til at samiske interesser skal ivaretas i NVEs behandling av meldinger og søknader om vindkraftverk og kraftledninger. Det finnes både folkerettslige og nasjonale regler for å ivareta samiske interesser. I kapittel 1 gis det en oversikt over det folkerettslige vernet og vernet etter intern norsk rett. Nasjonale regler som ivaretar samiske interesser, omfatter blant annet Grunnloven § 108, finnmarksloven og naturmangfoldloven.

De viktigste folkerettslige reglene omtales i kapittel 2. Dette omfatter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Disse stiller blant annet krav til saksbehandlingen og skjønnsutøvelsen.

Gjennom konsesjonsbehandlingen og eventuelle konsultasjoner skal samiske interesser gis en reell mulighet til å fremme sine interesser og til å påvirke beslutningens innhold.

NVE ivaretar samiske rettigheter etter internrettslige regler i blant annet Grunnloven § 108, naturmangfoldloven, reindriftsloven og forskrift om konsekvensutredninger i vurderingen av om det skal gis konsesjon etter energiloven. I våre vedtak vurderer vi blant annet behovet for tiltaket, inngrepets omfang, sumvirkninger, og vi fastsetter eventuelt avbøtende tiltak for å redusere virkningene av tiltaket. Dette må i konsesjonsprosessen skje i en dialog med berørte samiske interesser og med Sametinget.

Hvordan folkerettslige plikter ivaretas i NVEs saksbehandling i en vindkraft- eller kraftledningssak, omtales i kapittel 3. Fremstillingen følger de ulike stadiene i NVEs saksbehandling, fra meldingsstadiet til klage på godkjenning av detaljplan og MTA-plan.

I kapittel 4 omtales vedtak som viser hvordan NVE og Olje- og energidepartementet har vektlagt samiske interesser i sine vurderinger.

1 Innledning

1.1 Formålet med denne rapporten

Formålet med denne rapporten er å gi en oversikt over innholdet i de viktigste rettsreglene som får betydning for NVEs konsesjonsbehandling i områder med samiske interesser. Dette skal bidra til at alle som har interesser i et område hvor det planlegges vindkraftverk skal få en bedre forståelse av hvordan tiltaket behandles hos NVE.

Det er gjennom årene skrevet flere omfattende og grundige utredninger om statens forpliktelser overfor samene. De juridiske utredningene, rettspraksis, uttalelser fra Sivilombudsmannen og praksis fra FNs menneskerettskomité ligger til grunn for NVEs vurderinger av statens forpliktelser overfor samiske interesser i våre vedtak. Det er også utarbeidet en juridisk utredning spesielt for utbygging av kraftledninger og vindkraftverk.¹ I denne rapporten vil det under hvert kapittel bli vist til de relevante utredningene for eventuell videre lesning.

1.2 Vernet av samisk kultur

1.2.1 Innledning

Samisk reindrift er en særegen urfolksnæring som utgjør en vesentlig del av det materielle grunnlaget for samisk kultur. Det er en vesentlig arealbruksinteresse som utgjør et sentralt tema i de aller fleste kraftutbyggingssaker i samiske reinbeiteområder². I tillegg til samisk reindrift kan også annen samisk utmarksbruk være relevant i sakene NVE får til behandling.

1.2.2 Samisk reindrift

Reindrift er en arealkrevende næring som har behov for store sammenhengende områder. Annen aktivitet i områdene kan virke forstyrrende på rein og påvirke driften. Reindriftsnæringens livsform og kulturelle utvikling avhenger av at retten til årstidsbeitene sikres. Retten til flytting og flyttleier er regulert i reindriftsloven. Det er av avgjørende betydning at flyttleier mellom årstidsbeiter sikres. Når det ligger samisk reinbeiterett i området, vil dette som alminnelig regel innebære at reindriftsutøverne også har opparbeidet de tilknyttede rettighetene som følger av reindriftsloven.³ Det vil først og fremst være tale om rettigheter som er nødvendige for å utøve næringen, som rett til flyttleier, årstidsbeiter, motorferdsel, gjerder og anlegg, jf. reindriftsloven §§ 22-24, men også tilknyttede tradisjonelle rettigheter som brensel, trevirke, jakt, fangst og fiske er omfattet, jf. §§ 25 og 26.

Samisk kulturutøvelse, og med samisk reindrift som en bærer av samisk kultur, har et særlig vern etter norsk rett og folkerett. NVE er et statlig organ og skal overholde statens

¹ Utredning for OED datert 16.6.2013 *Samiske folkerettslige rettigheter ved naturinngrep – Utredning for Olje- og energidepartementet i forbindelse med utbygging av kraftledninger og vindkraftverk*

² Se reindriftsloven § 4.

³ Rt. 2001 s. 769 (Selbu) på side 788.

folkerettslige forpliktelser gjennom våre vedtak i tillegg til de krav som følger av intern rett.

1.2.3 Samisk utmarksbruk

Høsting av utmarksressurser og annen utmarksbruk står sentralt i tradisjonell samisk næringsutøvelse og kultur. Det kan blant annet være tale om fiske, jakt, fangst, bærplukking, sanking av sennagress og uttak av virke for duodji.⁴ Bruk av naturen står sentralt i samisk kultur og språk.

Gjennom kravene i Grunnloven § 108, naturmangfoldloven § 8 annet ledd og internasjonale regler skal NVE legge vekt på hensynet til samisk kultur og næringsutøvelse i vår vurdering av søknader etter energiloven.

1.3 Det folkerettslige vernet

1.3.1 Innledning

Internasjonale konvensjoner blir bindende for norske myndigheter ved at Regjeringen forplikter seg utad ved ratifikasjon eller annen formell tiltredelse.⁵ Vi snakker da om en *folkerettslig forpliktelse*.

De folkerettslige reglene setter ulike krav til norske myndigheter. Vi kan skille mellom prosessuelle krav og materielle krav, som omtales nærmere under. Det er et samspill mellom den prosessuelle plikten til å konsultere og den materielle forpliktelsen. Konsultasjon, som et prosessuelt krav, kan bidra til å klargjøre hva som skal til for å oppfylle de materielle forpliktelsene og hvilke handlingsalternativer staten har.

1.3.2 Prosessuelle krav

De rettsreglene som inneholder krav til saksutredning ved offentlig behandling av utbyggingstiltak kan kalles prosessuelle krav. Det er tale om krav til høring, medvirkning og utredning av tiltakets konsekvenser. Saksbehandlingskravene i forvaltningsloven, energiloven, naturmangfoldloven, kulturminneloven, plan- og bygningsloven, Finnmarksloven og konsekvensutredningsforskriften gjelder for utbygging av kraftledninger og vindkraft. NVE må sørge for at de særskilte saksbehandlingskrav som får betydning når tiltaket berører samisk kultur- og næringsgrunnlag, blir ivaretatt.

ILO-konvensjonen nummer 169 danner grunnlaget for en særskilt konsultasjonsplikt overfor samiske interesser. De folkerettslige og internrettslige reglene som verner samiske interesser innebærer også at de generelle kravene til en forsvarlig saksbehandling blir skjerpet.⁶

⁴ Se om dette i NVE temarapport 2018:58 om reindrift og annen samisk utmarksbruk kapittel 8 og Stortingsmelding nummer 28 om Samepolitikken (2007-2008) kapittel 20.

⁵ NOU 2007: 13 på side 174.

⁶ Se for eksempel Sivilombudsmannens årsmelding SOMB-2009-46, saksnummer 2008/961 og SOMB-1996-1, saksnummer 95-0780.

1.3.3 Materielle krav

De rettsreglene som setter rammen for NVEs beslutningskompetanse i kraftlednings- og vindkraftsaker, kan kalles materielle regler. De materielle reglene bestemmer hva konklusjonene i NVEs beslutninger kan inneholde. Når NVE vurderer å gi tillatelser til vindkraftverk og kraftledninger, må NVE vurdere om internrettslige eller folkerettslige krav setter skranker for NVEs beslutning.

Folkeretten gir rammer for hvor store inngrep som kan gjøres i områder hvor det drives samisk reindrift eller annen samisk utmarksbruk. I FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 er det bestemt at samene ikke skal «nektes retten til [...] å dyrke sin egen kultur». I tillegg er det bestemt i Grunnloven § 108 at det påligger statlige myndigheter å «legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv».

1.4 Vernet etter intern norsk rett

1.4.1 Innledning

I dette kapittelet vil vi peke på sentrale bestemmelser i intern norsk rett som får betydning for konsesjonsbehandlingen i områder med samiske interesser. De internrettslige reglene har i mange tilfeller en direkte linje til de folkerettslige reglene.⁷

Mange av de folkerettslige reglene som beskytter samisk kultur er gjennomført i norsk rett. FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter er gjort til norsk lov gjennom inkorporasjon i menneskerettsloven. Vedtaket av Grunnlovens § 108 (tidligere § 110 a) var basert på Samerettsutvalg I sin tolkning av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27.⁸ ILO-konvensjonen nummer 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater er gjennomført gjennom begrenset inkorporasjon i Finnmarksloven og reindriftsloven.⁹ Det alminnelige presumsjonsprinsippet innebærer at man legger til grunn at norsk rett er i samsvar med folkeretten.¹⁰

For tiden pågår det en prosess med lovfesting av konsultasjonsplikten i eget kapittel i sameloven.

1.4.2 Grunnloven § 108

Det er bestemt i Grunnloven § 108 at:

«Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv».

⁷ Jon Gauslaa, *Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltning og rettspleie*, Areal og eiendomsrett 2007 side 151, særlig kapittel 2.3 om internasjonal rett som faktor i utviklingen av intern samerettslig lovgivning.

⁸ NOU 1984: 18 på side 284 flg., jf. side 444 flg.

⁹ NOU 2007: 13 på side 176.

¹⁰ NOU 2007: 13 kapittel 5.3 og Geir Ulfstein/Morten Ruud, *Innføring i folkerett*, 4. utgave kapittel 5.

Bestemmelsen til vern av den samiske folkegruppe kom inn i Grunnloven i 1988. Dagens § 108 er en videreføring av bestemmelsen som tidligere var inntatt i § 110 a.

Bestemmelsen er et relevant moment ved tolkningen og anvendelsen av lovfestede og ulovfestede regler av lavere trinnhøyde enn Grunnloven. Den fastlegger statens rettslige forpliktelser ovenfor samene. Bestemmelsen har selvstendig betydning ved tolkningen av lover og ved anvendelse av sedvanerettslige regler. Den kan også være et selvstendig rettsgrunnlag der andre rettskilder ikke gir noe svar, jf. HR 2018-872-A, punkt 39. På lik linje med FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27, vil også Grunnlovens bestemmelse om å legge forholdene til rette for den samiske folkegruppe «utgjøre en materiell skranke mot inngrep i samisk kulturutøvelse». Bestemmelsene er omtalt av Samerettsutvalg II i NOU 2007: 13 på side 190-191.

1.4.3 Finnmarksloven

Det er bestemt i Finnmarksloven § 4 at Sametinget kan gi retningslinjer for hvordan virkningen for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv av endret bruk av utmark skal bedømmes i Finnmark fylke. Slike retningslinjer ble vedtatt av Sametinget 24.5.2007 og godkjent av Arbeids- og inkluderingsdepartementet 11.06. samme år.

NVE skal alltid vurdere hvilken betydning endret bruk av utmark vil ha for samisk kultur. Finnmarksloven § 4 innebærer at NVE skal legge til grunn Sametingets retningslinjer når betydningen av den endrede bruken skal vurderes i Finnmark fylke. I saker i Finnmark er det vanlig at NVE setter krav om at Sametingets retningslinjer skal legges til grunn for konsekvensutredningen.¹¹

1.4.4 Naturmangfoldloven

Naturmangfoldloven inneholder krav som skal bevare viktige naturverdier, også som grunnlag for samisk kultur.¹² For å tydeliggjøre naturens betydning for samisk kultur er dette spesielt inntatt i avslutningsvis i formålsbestemmelsen.

I formålsparagrafen § 1 heter det at:

«Lovens formål er at naturen med dens biologiske, landskapsmessige og geologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern, også slik at den gir grunnlag for menneskenes virksomhet, kultur, helse og trivsel, nå og i fremtiden, også som grunnlag for samisk kultur».

Formålsbestemmelsen angir de viktige verdiene naturen har for mennesker, men også dens egenverdi. Betydningen for «menneskenes [...] kultur» er nevnt.

Formålsbestemmelsen får betydning for tolkningen av lovens øvrige bestemmelser.

Naturmangfoldloven § 7 fastslår at bestemmelsene i §§ 8 – 12 er retningslinjer for utøving av offentlig myndighet. De gjelder enten en beslutning fattes med hjemmel i

¹¹ Finnmarksloven § 4 annet ledd

¹² I dette underkapitlet beskrives de bestemmelser i naturmangfoldloven som gjelder for vedtak fattet etter energiloven. Bestemmelsen i nml. § 14 beskrives derfor ikke nærmere her.

naturmangfoldloven eller andre lover, og inngår både i saksforberedelsen og skjønnsutøvingen når de ulike myndighetene fatter beslutninger etter eget lovverk som berører naturmangfold. Naturmangfoldloven kapittel II legger dermed, sammen med energiloven og andre relevante lover, rammer for aktiviteter og tiltak som påvirker naturmangfoldet.¹³ Videre er det etter § 7 et krav om at de vurderingene som er gjort etter prinsippene i §§ 8 til 12 skal fremgå av begrunnelsen i beslutninger om offentlig myndighetsutøvelse.

Naturmangfoldloven § 8 annet ledd inneholder krav til at myndighetene skal legge vekt på tradisjonell kunnskap:

«Myndighetene skal videre legge vekt på kunnskap som er basert på generasjoners erfaringer gjennom bruk av og samspill med naturen, herunder slik samisk bruk, og som kan bidra til bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet».

Naturmangfoldloven § 8 annet ledd følger opp biomangfoldkonvensjonen artikkel 8 bokstav j.¹⁴ Kunnskapen kan være overlevert muntlig eller gjennom praktisk utøving. I kommentarutgaven til naturmangfoldloven går det frem at det er «en forutsetning at kunnskapen etter sitt innhold kan bidra til bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet».¹⁵

Etter naturmangfoldloven § 9 skal det legges vekt på et føre-var-prinsipp. Den kommer til anvendelse i de tilfeller hvor det ikke foreligger tilstrekkelig kunnskap om virkningene for naturmangfoldet. Dette gjelder både ved forvaltningsbeslutninger og ved vurdering av tiltak. Denne bestemmelsen forutsetter at det foreligger en reell risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet.

1.4.5 Plan- og bygningsloven og forskrift om konsekvensutredninger

I plan- og bygningsloven er det bestemt i § 3-1 at:

«Innenfor rammen av § 1-1 skal planer etter denne lov:

[...]

c) sikre naturgrunnet for samisk kultur, næringsutøvelse og samfunnsliv».

Vindkraftverk er unntatt fra byggesaksbehandling.¹⁶ For vindkraftverk er det ingen plikt til å utarbeide en reguleringsplan.¹⁷ For kraftledninger gjelder i all hovedsak ikke plan- og bygningsloven.¹⁸

¹³ Miljødepartementets veileder for Naturmangfoldloven kapittel II <http://www.miljodirektoratet.no/old/dirnat/multimedia/51250/Veileder-naturmangfoldloven.pdf>

¹⁴ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 380 og Inge Lorange Backer, *Naturmangfoldloven kommentarutgave*, på side 93.

¹⁵ Inge Lorange Backer, *Naturmangfoldloven kommentarutgave*, på side 93.

¹⁶ Byggesaksforskriften § 4-3 første ledd bokstav c).

¹⁷ Plan- og bygningsloven § 1-3 og § 12-1 tredje ledd siste setning.

¹⁸ Plan- og bygningsloven § 1-3 annet ledd

Konsekvensutredningsforskriften er gitt i medhold av plan- og bygningsloven, men gjelder også tiltak som behandles av NVE som bestemt i forskriften § 2. En konsekvensutredning skal sikre at «hensynet til miljø og samfunn blir tatt i betraktning under forberedelsen av planer og tiltak, og når det tas stilling til om og på hvilke vilkår planer eller tiltak kan gjennomføres.» I konsekvensutredningsforskriften § 21 er det bestemt at:

«Konsekvensutredningen skal identifisere og beskrive de faktorer som kan bli påvirket og vurdere vesentlige virkninger for miljø og samfunn, herunder:

[...]

- samisk natur- og kulturgrunnlag (...)

Samlede virkninger av planen eller tiltaket sett i lys av allerede gjennomførte, vedtatte eller godkjente planer eller tiltak i influensområdet skal også vurderes. Der hvor reindriftsinteresser blir berørt, skal de samlede virkningene av planer og tiltak innenfor det aktuelle reinbeitedistriktet vurderes».

Listen over utredningstemaer i konsekvensutredningsforskriften bestemmer at «samisk natur- og kulturgrunnlag skal utredes». For tiltak som omfattes av forskriftens krav til melding, fastsetter NVE de konkrete krav til hva som må utredes i den enkelte sak (utredningsprogram). I samiske områder inngår alltid disse temaene der de er relevante.

Plikten til å ta hensyn til sumvirkninger er viktig for reindriften. Dersom det allerede er eller vil bli etablert tiltak i området, kan negativ mereeffekt av det omsøkte tiltaket innebære at det ikke gis tillatelse til det omsøkte tiltaket.¹⁹

1.4.6 Reindriftsloven

Et viktig formål med reindriftsloven er å sikre reindriftens arealer, jf. § 1 første og annet ledd. Her framgår det at:

«For det samiske reinbeiteområdet skal loven legge til rette for en økologisk, økonomisk og kulturelt bærekraftig reindrift med basis i samisk kultur, tradisjon og sedvane til gagn for reindriftsbefolkningen selv og samfunnet for øvrig. For å nå disse mål skal loven gi grunnlag for en hensiktsmessig organisering og forvaltning av reindriften. Reindriften skal bevares som et viktig grunnlag for samisk kultur og samfunnsliv.

Loven skal bidra til sikring av reindriftsarealene i det samiske reinbeiteområdet som reindriftens viktigste ressursgrunnlag. Ansvar for sikring av arealene påhviler både innehavere av reindriftsretten, øvrige rettighetshavere og myndighetene.»

Pliktsubjektet er «... både innehavere av reindriftsretten, øvrige rettighetshavere og myndighetene». I forarbeidene blir det presisert at pliktsubjektet er den norske stat:

¹⁹ Se mer om sumvirkninger i Nikolai Winge, *Kampen om arealene*, på side 218 følgende.

«Etter departementets syn er det den norske stat som er forpliktet, men som gjennom lover, forskrifter og retningslinjer må sørge for at hensynet til reindriften blir ivaretatt også av kommuner og fylkeskommuner. Regjeringen er innstilt på å følge dette opp så langt som mulig».²⁰

Dette må ses i lys av Grunnlovens § 108. Her framgår det at staten er forpliktet til å legge forholdene til rette for og sikre samisk språk, kultur og samfunnsliv.

Reindriftsretten er en særskilt rettighet som har oppstått på grunnlag av bruk gjennom lang tid, såkalt alders tids bruk. Som en følge av dette, har rettigheten et grunnlovsmessig og erstatningsrettslig vern mot inngrep, jf. Grunnloven § 105 og reindriftsloven § 4 tredje ledd. Dette betyr at inngrep i rettigheten uten avtale med rettighetshaveren, krever samtykke til ekspropriasjon fra NVE.

Etter reindriftsloven § 22 første ledd har reindriftsutøvere «adgang 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».²¹ Flyttleier er svært viktige innenfor et reinbeiteområde fordi de muliggjør nødvendig flytting mellom årstidsbeitene.

Reindriftsloven § 22 annet ledd inneholder i tillegg et forbud mot stenging av reindriften flyttleier:

«Reindriften flyttleier må ikke stenges, men Kongen kan samtykke i omlegging av flyttleier og i åpning av nye flyttleier når berettigede interesser gir grunn til det».

Forbudet er imidlertid i utgangspunktet ikke til hinder for at en flyttleier kan bli berørt eller stengt dersom vilkårene for ekspropriasjon foreligger.²² I denne interesseavveiningen etter oreigningslova § 2 vil mulighetene til å benytte eller opprette alternative flyttleier være viktig. I vurderingen av om samtykke til ekspropriasjon skal gis, må også vernet etter SP artikkel 27 og Grunnloven § 108 hensyntas.

For nærmere omtale av reindriftsloven § 22, viser vi til Nikolai Winge «Kampen om arealene» på s. 319 og videre.

²⁰ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007), punkt 8.5.

²¹ I hht. HR 2016-1219 A punkt 27 slås det fast at retten til å flytte rein omfatter mer enn flytting etter de tradisjonelle flyttleiene.

²² Ot.prp. nr. 9 (1976-1977) til reindriftsloven fra 1978 som hadde tilsvarende bestemmelse som 2007-loven viderefører, jf. Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) på side 59. Reindriftsloven § 22 er behandlet av Nikolai Winge i *Kampen om arealene* på side 319 følgende, Universitetsforlaget 2013. Lovavdelingen har uttalt seg om tolkningen av bestemmelsen 27.8.2010 (JDLOV-2010-8294). Se også NOU 2007: 13 på side 390 og NOU 2001: 35 på side 152.

2 Det folkerettslige vernet

2.1 Innledning

De viktigste folkerettslige reglene som blir omtalt her, er FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. I tillegg vil vi også vise til FNs urfolkserklæring.

2.2 ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater

2.2.1 Innledning

Norge ratifiserte ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater i 1990. I tråd med ILO-konvensjonen har NVE en plikt til å gjennomføre konsultasjoner med berørte samiske interesser, herunder Sametinget og reinbeitedistrikter. Regjeringen og Sametinget har inngått en avtale om konsultasjonsplikt.²³ Denne avtalen gjelder også for NVE. I 2009 ble det inngått en egen avtale mellom NVE og Sametinget om gjennomføring av konsultasjoner.²⁴ Regjeringen har nå foreslått å lovfeste konsultasjonsordningen i sameloven kapittel 3. Prop. 116 L (2017-2018) om endringer i sameloven ble godkjent i statsråd 14.9.2018.

Gjennom konsultasjoner skal Sametinget og samene sikres innflytelse i prosesser og beslutninger som kan få direkte betydning for dem. Det skal kartlegges hvilke virkninger inngrepet vil kunne få for samene som urfolk. Konsultasjonene må være lagt opp slik at urfolksparten får muligheten til å forstå hvordan de kan bli påvirket av tiltaket.

Samerettsutvalget oppsummerer konsultasjonsplikten slik:

«Oppsummeringsvis innebærer retten til å bli konsultert at en urfolksgruppe som et planlagt tiltak kan få direkte betydning for, har krav på å delta aktivt i beslutningsprosessene frem mot iverksettelsen av tiltaket, og slik at gruppen har en reell mulighet til å påvirke beslutningens innhold. Konsultasjonene må være lagt opp slik at de er et egnet redskap for å oppnå enighet om det aktuelle tiltaket. Deltakerne på begge sider må ta del i prosessen med dette for øyet, men uten at det er noe krav at enighet oppnås. Det er heller ikke noe krav at urfolket må gis avgjørende innflytelse på sakens utfall gjennom en vetorett eller liknende».

Konsultasjonsplikten supplerer den alminnelige høringsprosessen og gjelder ved siden av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og energiloven for øvrig. Unnlatt eller mangelfull konsultasjon fra NVE kan bli ansett som en saksbehandlingsfeil. Dersom feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold, kan vedtaket bli kjent ugyldig.²⁵ Brudd på konsultasjonsplikten kan også bringes inn for ILOs organer etter reglene om ILOs klageordninger. Ifølge proposisjonen er det imidlertid viktig å presisere «at det er en viss terskel for at brudd på konsultasjonsplikten fører til at vedtaket eller beslutningen

²³ Konsultasjonsavtale mellom Regjeringen og Sametinget 11.5.2005

²⁴ Konsultasjonsavtale mellom Sametinget og NVE 31.3.2009

²⁵ Forvaltningsloven § 41 og Prp. 116 L (2017-2018). Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) § 4-9

kjennes ugyldig».²⁶ Det avhenger av en konkret helhetsvurdering, der feilens art, relevans og konsekvens må vurderes.

2.2.2 Om konsultasjoner

ILO-konvensjonen artikkel 6 bokstav a) bestemmer at det skal konsulteres når «administrative measures ... may affect them directly», og at konsultasjonene skal gjennomføres «through appropriate procedures», «in good faith» og «in a form appropriate to the circumstances». Innholdet i konsultasjonsplikten er beskrevet nærmere i proposisjon om endringer i sameloven (2017-2018), samt prosedyre for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, veilederen fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet²⁷ og samerettsutvalgets utredning.²⁸

Konsultasjoner skal gjennomføres med den målsetning å «oppnå enighet om eller samtykke til de foreslåtte tiltakene».²⁹ Selv om enighet skal være målet med konsultasjoner, er det ikke et absolutt krav om at enighet faktisk må oppnås, og urfolksparten har i utgangspunktet ikke vetorett. Unntak fra dette utgangspunktet er der tiltaket vil innebære en nektelse av retten til kulturutøvelse eller er særlig inngripende, se nedenfor under punkt 2.2.3 og 2.3.4 om dette.

Etter folkeretten er det tilstrekkelig for å utløse konsultasjonsplikt at tiltaket «vil kunne påvirke samiske interesser direkte».³⁰ Vilkåret om at en sak vil kunne påvirke samiske interesser direkte, betyr også at saken må ha en viss generell interesse for samisk kultur for at reglene skal komme til anvendelse.

Det må avgjøres konkret når i konsesjonsprosessen det skal konsulteres. Avgjørende i vurderingen av når det skal konsulteres er at tidspunktet sikrer urfolksparten en «reell mulighet til å påvirke utfallet av saken».³¹ Det følger av proposisjonen at «konsultasjoner skal starte så tidlig at partene har reell mulighet til å oppnå enighet om beslutningen» (jf. § 4-6 annet ledd). For at konsultasjonsforpliktelsen etter folkeretten skal bli ivaretatt, er det nødvendig at konsultasjonen skjer tilstrekkelig tidlig til at det blir en reell mulighet til å påvirke utfallet av saken. I NVEs saker innebærer dette at urfolksparten tidligst kan konsulteres når melding med forslag til utredningsprogram blir sendt på høring.

Stedet for, varighet av og hvordan konsultasjonene skal foregå, er ikke regulert i konsultasjonsavtalene. I proposisjonen er det foreslått at konsultasjonene skal «gjennomføres i god tro og med formål å oppnå enighet. Det organet som har konsultasjonsplikt, skal gi full informasjon om relevante forhold på alle stadier i behandlingen av saken».³² Konsultasjonsprosessen skal heller ikke avsluttes så lenge partene antar at det er mulig å oppnå enighet om saken.³³

²⁶ Prp. 116 L (2017-2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 100

²⁷ Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget 23.6.2006

²⁸ NOU 2007:13. Se særlig oppsummeringen på s. 824

²⁹ ILO-konvensjonen artikkel 6 nr. 2

³⁰ Prp. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. s. 62

³¹ Ibid

³² Prp. 116 L (2017-2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) § 4-6

³³ Ibid

Dagens praksis i NVE er at vi kontakter gjeldende samiske interesser og avtaler konsultasjoner. Hva som skal være innhold i konsultasjonen, skal avklares på forhånd.³⁴

Etter at konsultasjoner er gjennomført, er det NVEs praksis at NVE fører protokoll som må signeres av begge parter.³⁵ Dette inngår i NVEs vurdering av hvorvidt det skal tildeles en konsesjon etter energiloven § 3-1, hvilke vilkår som eventuelt bør settes i konsesjonen og om det bør fastsettes avbøtende tiltak av hensyn til samisk reindrift. Det rettslige innholdet i ILO-konvensjonen nr. 169 er nærmere omtalt i lovproposisjonen, NOU 2007: 13 på side 214 og i Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utgave på side 119.

2.2.3 Prop. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. (konsultasjoner)

Som nevnt over, ble det i mai 2018 foreslått å lovfeste regler om konsultasjon i sameloven.³⁶ Lovfestingen av konsultasjonsregler har til hensikt å etablere faste ordninger for konsultasjoner, i tillegg til at lovfesting fører til at de folkerettslige forpliktelsene blir mer synlige. Proposisjonen omfatter blant annet hvem som har konsultasjonsplikt, innholdet i og gjennomføring av konsultasjoner. Nærmere regler om gjennomføringen av konsultasjonsplikten vil ifølge lovforslaget, gis i forskrift.³⁷

Kommunal- og moderniseringsdepartementet legger i forslaget til grunn at «når Sametinget har innsigelsesadgang etter plan- og bygningsloven, skal Sametinget ikke ha konsultasjonsrett etter reglene i sameloven i tillegg».³⁸ Det vil innebære en forenkling både for myndighetene og for Sametinget. Departementet har lagt til grunn at den folkerettslige plikten til å konsultere Sametinget i all hovedsak er ivarettatt gjennom reglene om innsigelse. Men som departementet er inne på, må det stilles krav til behandling av Sametingets innsigelser for at «ordningen fullt ut skal oppfylle folkerettens krav til konsultasjoner».³⁹

Regler om konsultasjon vil sammen med selvstyreordninger kunne utgjøre et viktig grunnlag for utøvelsen av retten til selvbestemmelse som nedfelt i SP artikkel 1.⁴⁰ Forholdet mellom selvbestemmelse, selvstyre, deltakelse og konsultasjoner er nærmere omtalt i proposisjonen og i St. meld nr. 28 *Samepolitikken*.

³⁴ Lovforslag til § 4-5 om varsling av saker som kan bli gjenstand for konsultasjoner

³⁵ I følge lovforslaget i § 4-7 skal det føres protokoll fra konsultasjonene, der det skal redegjøres for hva saken gjelder, partenes vurderinger og standpunkter, og konklusjonene i saken.

³⁶ Lovforslaget om konsultasjonsregler ligger fortsatt til behandling i Stortinget.

³⁷ Prop. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 78

³⁸ Prp. 116 L (2017-2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 65

³⁹ Ibid

⁴⁰ Prop. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 33

2.3 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27

2.3.1 Innledning

Formålet med konvensjonen er at medlemslandene skal sikre innbyggernes grunnleggende sivile og politiske rettigheter. Konvensjonens bestemmelser er basert på ikke-diskrimineringsprinsippet, som kommer til uttrykk i artikkel 2 og i artikkel 26. Retten til selvbestemmelse gjelder for «alle folk» og kommer til uttrykk i artikkel 1.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter SP) er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2 nummer 3. Det er bestemt i forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at de inkorporerte konvensjonene skal gå foran bestemmelser i annen intern lovgivning ved motstrid.

FNs erklæring om urfolks rettigheter, som ble vedtatt på FNs Generalforsamling 13. september 2007, er et sentralt dokument innen urfolksretten. Det samme gjelder FNs sluttokument fra 2014 som bekrefter innholdet i urfolkserklæringen, og konkretiserer hva disse rettighetene innebærer i praksis. I NVEs konsesjonsbehandling har vi imidlertid lagt til grunn at urfolkserklæringen ikke går lenger enn SP.⁴¹ NVE vurderer at så lenge et omsøkt tiltak ikke er i strid med SP artikkel 27, er bestemmelsene i FNs urfolkserklæring også overholdt.

2.3.2 Innholdet i SP artikkel 27

SP artikkel 27 gir et generelt vern for alle etniske, religiøse eller språklige minoriteter. Artikkelens formål er å gi minoritetene et kulturvern som innebærer at den enkelte etniske minoritet må kunne kreve det materielle grunnlag som er nødvendig for kulturutøvelsen.⁴² Bestemmelsen skal sikre urfolks tradisjonelle næringsutøvelse og mulighet til å kunne bruke de landområdene og naturressursene som har dannet grunnlaget for deres spesielle leveveier. Dette utgjør en del av statenes forpliktelser ovenfor samene etter artikkel 27.⁴³

Staten har altså en plikt til å begrense eller nekte inngrep i reinbeiteområder av hensyn til ivaretagelse av samisk kultur og næringsutøvelse.

SP artikkel 27 innebærer videre en forpliktelse for staten til å forvalte naturressursene på en slik måte at samenes rett til kulturutøvelse ikke blir umuliggjort. Dette innebærer at det er en terskel for hvilke inngrep som er lovlige, og at terskelen utvilsomt er overskredet dersom tiltaket innsnevrer samenes mulighet til kulturutøvelse betydelig.⁴⁴ Bestemmelsen gir uttrykk for en absolutt rettighet, men bestemmelsen gir ikke et absolutt vern mot inngrep i minoritetens kulturutøvelse.

Det nærmere innholdet i bestemmelsen følger av både norsk rettspraksis og praksis fra FNs menneskerettskomité.

⁴¹ I HR 2018-456-P (Nesseby-dommen) påpekes det at den enkelte bestemmelse i urfolkserklæringen synes ikke å gå lenger enn det som følger av bindende konvensjoner.

⁴² Smith, Carsten, *Samenes rettslige og politiske stilling i Norge*, Lov og Rett (1986), s. 115-144.

⁴³ NOU 2007:13 A, punkt 5.5.3.6.

⁴⁴ OEDs klagevedtak av 11.11.2016. Fred Olsen Renewables AS. Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner.

En viktig side ved artikkel 27 er statens forpliktelse til å sikre aktiv deltakelse, herunder konsultasjoner, i avgjørelser som kan ha betydning for dem. Deltakelsen må ha vært effektiv på en slik måte at den har innvirket på avgjørelsens innhold.⁴⁵

2.3.3 Nektelse av retten til kulturutøvelse

Hvor langt vernet etter SP artikkel 27 strekker seg, vil bero på en konkret vurdering av hvilke negative konsekvenser inngrepet vil ha for de som berøres av inngrepet.

Utgangspunktet er at artikkel 27 omfatter de inngrep som faktisk sett innebærer en nektelse eller krenkelse av retten til kulturutøvelse.⁴⁶ I tillegg må det foretas en helhetsvurdering av tidligere tiltak for å avgjøre om inngrepet er innenfor rammene av SP artikkel 27.⁴⁷

I NVEs vedtak må vi vurdere forholdsmessigheten mellom behovet for tiltaket og inngrepets omfang. Både i folkeretten og i forvaltningsretten gjelder forholdsmessighetsprinsippet. I NVEs behandling av konsesjonssaker må det gjøres en interesseavveining mellom flere faktorer, blant annet behovet for tiltaket, hensynet til forsyningssikkerhet, sysselsetting, naturmangfold, kulturminner og ikke minst hensynet til samisk reindrift og annen samisk utmarksbruk.

Vi viser til NVE rapport 28/2018:

«I avveiningen av om det skal gis konsesjon til et vindkraftanlegg i et område med samiske reindriftsinteresser, er vurderingen opp mot reindriftenes særverdiområder og minimumsbeiter sentralt. Med særverdiområder fremheves gjerne flyttleier, brunstland, kalvingsland, sentrale luftingsområder, og områder i og ved anlegg til merking, skilling og slakting».⁴⁸

I den folkerettslige vurderingen av om tiltaket innebærer en nektelse av retten til kulturutøvelse, skal det legges vekt på om det er vurdert og bestemt skadebegrensende vilkår for tillatelsen. Et tiltak som utgjør merarbeid og ekstra kostnader vil ikke i seg selv være i strid med artikkel 27 så lenge det ikke truer reindriftenes overlevelse. I Reinøydommen HR 2017-2247 avsnitt 128 uttalte Høyesterett at det «skal en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 27 er krenket».

I NVEs saker skal det også foretas en samlet vurdering av omsøkt inngrep og tidligere inngrep for å kunne vurdere om samiske interesser nektes å utøve sin kultur etter SP artikkel 27. Dette er også i tråd med naturmangfoldloven § 10 og KU-forskriften § 21.

Når det gjelder rådighetsinnskrenkninger, er SP artikkel 27 neppe til hinder for vedtak som regulerer og til en viss grad begrenser samisk tradisjonell bruk. Dette framgår av uttalelser fra menneskerettskomiteen i saken Howard vs. Canada.⁴⁹ Denne saken gjaldt

⁴⁵ Communication no. 547/1993, Apirana Mahuika vs. New Zealand Para. 9.6 og 9.8.

⁴⁶ Communication no. 511/1992. Ilmari Länsman vs. Finland, para. 9.4 og 9.5.

⁴⁷ Ibid, para. 10.2.

⁴⁸ NVE rapport 28/2018. Nasjonal ramme for vindkraft. Tamarapport om reindrift og annen samisk utmarksbruk s. 14-15

⁴⁹ Communication no. 879/1999, George Howard vs. Canada

spørsmålet om hvorvidt statlige begrensninger i retten til fiske for en indianerstamme var i strid med SP artikkel 27. MRK avviste dette under henvisning til at:

«...the Committee considers that States parties to the Covenant may regulate activities that constitute an essential element in the culture of a minority, provided that the regulation does not amount to a de facto denial of this right».⁵⁰

2.3.4 Tiltak som er særlig inngripende

For tiltak som er særlig inngripende i nærings- og leveveier som er av vesentlig betydning for vedkommende urfolkssamfunn, er det uttalt i praksis fra FNs menneskerettskomité at det må være gitt et informert samtykke på fritt grunnlag fra de berørte medlemmene.

Om kravet til informert samtykke på fritt grunnlag, uttalte Menneskerettskomiteen i Poma-Poma saken at:

«... The Committee considers that participation in the decision-making process must be effective, which requires not mere consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community. In addition, the measures must respect the principle of proportionality so as not to endanger the very survival of the community and its members».⁵¹

Menneskerettskomiteens uttalelser om kravet til samtykke i Poma Poma-saken har naturlig nok hatt sin innvirkning på innholdet i FNs erklæring om urfolksrettigheter (UNDRIP) av 2007 og FNs sluttokument fra 2014.⁵² I sluttokumentets artikler 3 og 20, har urfolk rett til å gi et fritt og forhåndsinformert samtykke ved lover og administrative tiltak eller planer som berører dem og deres landområder.

I proposisjonen skriver imidlertid Kommunal- og moderniseringsdepartementet med henvisning til den aktuelle saken fra FNs menneskerettskomité at «på grunn av inngrepet alvorlige karakter i Poma Poma-saken, i tillegg til mangelen på utredning og involvering av den aktuelle urfolksgruppen, må det antas at overføringsverdien på norske forhold vil være begrenset».⁵³ Videre legger departementet til grunn «at det skal mye til at problemstillingen kommer på spissen når det gjelder inngrep i samisk kultur. Myndighetene har allerede en plikt til å utrede konsekvenser av tiltak av betydning for samisk kultur».⁵⁴ Som departementet er inne på, finnes det regler i sektorlover om vektlegging av hensynet til samisk kultur, i tillegg til regler om konsultasjoner og eventuell annen form for deltakelse i beslutningsprosesser. Myndighetene har mulighet til å stille vilkår for ulike tillatelser. Samlet sett vil dette være viktige verktøy for å unngå at det kan reises tvil om grensen i SP artikkel 27 er overskredet.

⁵⁰ Communication no. 879/1999, George Howard vs. Canada, para. 12.7.

⁵¹ Communication no. 1457/2006, Angela Poma Poma vs. Peru, para 7.6.

⁵² FNs sluttokument 22.9.2014. <https://undocs.org/A/RES/69/2>

⁵³ Prop. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 50

⁵⁴ Prop. 116 L (2017-2018) endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 51

2.3.5 Betydningen av samiske hensyn for skjønnsutøvelsen etter energiloven

I vurderingen av om konsesjon skal gis etter energiloven § 3-1, tar NVE utgangspunkt i en avveining av fordeler og ulemper. I NVEs vurderinger vil startpunktet være energiloven.

Selv om et tiltak ikke får slike konsekvenser at det innebærer nektelse av retten til å utøve sin kultur eller er særlig inngripende, vil SP artikkel 27 få betydning for skjønnsutøvelsen etter energiloven. Hensynet til samiske interesser må tillegges særlig vekt i NVEs skjønnsutøvelse. Både Grunnloven og SP artikkel 27 innebærer at staten plikter å legge til rette for at tiltakene kan gjennomføres på en måte som tar hensyn til samisk kultur selv om tiltaket som sådan ikke er i strid med SP artikkel 27. Herunder må det også foretas en helhetsvurdering av tidligere tiltak for å avgjøre om inngrepet er innenfor rammene av SP artikkel 27.

Plikten til å legge vekt på samiske hensyn i skjønnsutøvelsen er nærmere omtalt i NOU 2007:13 på side 209.

Det rettslige innholdet i SP artikkel 27 er nærmere omtalt av professor Geir Ulfstein i utredningen, *Samiske folkerettslige rettigheter ved naturinngrep*, fra 2013, NOU 2007:13 s. 189 og Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utgave på side 162.

3 Folkerettslige plikter i saksbehandlingen

3.1 Innledning

Samiske rettighetshavere og høringsinstanser skal i utgangspunktet behandles på samme måte som øvrige rettighetshavere og høringsinstanser i NVEs saksbehandling. Folkeretten stiller også tilleggskrav til hvordan staten skal ivareta interessene til berørt urfolk.⁵⁵ Denne temarapporten vil i all hovedsak se på de spesielle prosesskravene som gjelder der tiltaket planlegges i et område med samiske interesser. De spesielle prosesskravene har sitt utgangspunkt i folkerettslige regler, men er også gjennomført i norsk rett.

I 2007 ble det fastsatt nasjonale retningslinjer for planlegging og lokalisering av vindkraftverk. Retningslinjene beskriver viktige hensyn som skal ivaretas i planleggingen, blant annet reindrift og annen samisk utmarksbruk. I vedlegget til retningslinjene er det også gitt en omtale av behandlingsprosedyrene for vindkraftsaker i samiske områder.

Denne temarapporten bygger på retningslinjene fra 2007, men går mer i detalj på de ulike saksbehandlingstrinnene enn det vi kan finne i retningslinjene fra 2007.

⁵⁵ «SP art. 27 åpner for positiv særbehandling dersom den er basert på rimelige og objektive kriterier og en målsetting om reell likebehandling» (Betenkning SRU II s. 21)

3.2 De ulike saksbehandlingskravene

3.2.1 Utredningsplikten

Forvaltningsloven § 17 første ledd bestemmer at NVE skal «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Det er imidlertid klart at det må settes en grense for utredningsarbeidet. Hvor denne grensen plasseres, beror på en avveining mellom effektivitetshensyn og rettssikkerhet for den beskyttelsesverdige interessen. Omfanget av utredningsplikten er altså en relativ størrelse avhengig av den konkrete sakens betydning og kompleksitet. Det må også sees hen til om øvrige krav i regelverket taler for en skjerpet utredningsplikt.

Ved saksbehandlingen av enkeltvedtak som berører samiske interesser har Sivilombudsmannen uttalt at det foreligger en «særlig plikt» til utredning med grunnlag i Grunnloven § 108 (tidligere § 110 a), SP artikkel 27 og ILO-konvensjonen nr. 169.⁵⁶

Plikten til å utarbeide konsekvensutredninger utgjør en viktig del av utredningsarbeidet og innebærer en nærmere presisering av det generelle utredningskravet i forvaltningsloven § 17. Konsekvensutredningsforskriften er nærmere omtalt ovenfor under punkt 1.4.5.

3.2.2 Varslingsplikt og høringsprosess

Berørte myndigheter, interesseorganisasjoner og private rettssubjekter skal varsles og gis mulighet til å uttale seg til tiltak etter energiloven. Dette er bestemt i forvaltningsloven § 16, energiloven § 2-1 syvende ledd og konsekvensutredningsforskriften §§ 15 første ledd og 25 første ledd. Varslings- og høringsplikten skal sikre at saken blir så godt opplyst som mulig av berørte aktører.

Grunnloven § 108, ILO-konvensjonen og SP artikkel 27 tilsier en skjerpet varslingsplikt og høringsprosess når tiltaket berører samisk kultur. Det kan være tale om at saksbehandlingen tar hensyn til de spesielle forholdene i samisk reindrift hvor utøverne ofte er utilgjengelige over lengre tid.

3.2.3 Innsigelsesrett og klagerett

For å ivareta den innsigelsesadgangen som kommuner, regionale- og statlige organer og Sametinget har til reguleringsplaner, følger det av energiloven § 2-1 syvende ledd at reglene om innsigelse i plan- og bygningsloven § 5-4 til § 5-6 gjelder så langt de passer.

En innsigelse fremmes i forkant av at vedtaket er truffet og skiller seg på den måten fra en klage. Dersom vedtaksorganet ikke tar innsigelsen til følge, sendes vedtaket og innsigelsen videre til overordnet instans for endelig avgjørelse, jf. plan- og bygningsloven § 5-6. I forslaget til lovfesting av konsultasjonsordningen i sameloven er det foreslått at Sametinget ikke skal konsulteres i saker hvor de har innsigelsesadgang, se ovenfor under punkt 2.2.3.

Etter at et vedtak er truffet, kan den som er «part eller annen med rettslig klageinteresse i saken» klage på vedtak fra NVE, jf. forvaltningsloven § 28.

⁵⁶ Sivilombudsmannens årsmelding SOMB-2009-46, saksnummer 2008/961 og SOMB-1996-1, saksnummer 95-0780.

3.2.4 Konsultasjonsplikt

Konsultasjonsplikten strekker seg utover og supplerer den alminnelige høringsprosessen. Partene i konsultasjonsprosessen skal gjøres kjent med hverandres synspunkter og vurderinger med sikte på å oppnå en felles enighet.

Se ovenfor om dette under punkt 2.2.

3.3 De ulike saksbehandlingstrinnene

3.3.1 Innledning

De ulike saksbehandlingstrinnene i en vindkraft- eller kraftledningssak skal til sammen sikre en forsvarlig og god behandling av tiltaket. Både vindkraft- og kraftledningssaker omfattes av konsekvensutredningsforskriften.

3.3.2 Meldingsstadiet

Alle vindkraftsaker med installert effekt over 10 MW skal meldes etter konsekvensutredningsforskriften, jf. plan- og bygningsloven.

En melding er en tidlig varslings av et planlagt prosjekt. En melding skal gi berørte parter informasjon om prosjektet og anledning til å uttale seg om aktuelle utredningsbehov. Konsekvensutredningsforskriften stiller krav om at tiltakshaver skal redegjøre for tiltaket og gi en foreløpig vurdering av vindkraftprosjektets mulige virkninger for omgivelsene. Tiltakshaver skal derfor foreslå et konsekvensutredningsprogram med fagtemaer som skal utredes i forbindelse med den aktuelle søknaden.

Når NVE har mottatt meldingen, sendes den på høring med minimum 6 ukers høringsfrist. NVE arrangerer også offentlige møter i forbindelse med høringen. I NVEs saker tilskrives Sametinget og berørte reinbeitedistrikt med informasjon om høring av meldingen og tilbud om konsultasjon.

3.3.3 Konsekvensutredninger

Etter at høringsfristen for meldingen har gått ut, fastsetter NVE et konsekvensutredningsprogram i tråd med forskrift om konsekvensutredninger, naturmangfoldloven og de øvrige reglene for utredning i forvaltningsloven.

Tiltakshaver har ansvar for at utredningene i konsekvensutredningsprogrammet blir gjennomført. Det er vanlig at konsekvensutredningen deles i flere fagrapporter, herunder en egen rapport for prosjektets virkninger for samisk reindrift.

I plan- og bygningsloven § 3-1 første ledd bokstav c er det fastslått at planer skal «sikre naturgrunnlaget for samisk kultur, næringsutøvelse og samfunnsliv». I konsekvensutredningen stilles det krav om at virkninger for samisk natur- og kulturgrunnlag skal identifiseres og beskrives (jf. § 21). NVEs praksis i vindkraftsaker er at vi inviterer Sametinget, reinbeitedistrikter og eventuelle andre berørte samiske interesser til konsultasjon før konsekvensutredningsprogrammet fastsettes.

NVE viser for øvrig til pkt. 3.3.2.

3.3.4 Søknad om konsesjon

Vindkraftverk er søknadspliktige etter energiloven. For vindkraftverk med installert effekt over 10 MW, må tiltakshaver levere konsekvensutredning i henhold til fastsatt utredningsprogram samtidig med konsesjonssøknaden. NVE sender søknaden med utredninger på høring.

I løpet av høringsperioden arrangerer NVE et offentlig møte. Når høringsuttalelser er gjennomgått, arrangerer NVE vanligvis en befaring av det omsøkte planområdet der bl.a. representanter fra berørte reinbeitedistrikter og Sametinget blir invitert til å delta. I høringsprosessen blir et tilbud om konsultasjon sendt til Sametinget og berørte samiske interesser. Dersom lovforslaget om konsultasjoner vedtas, bortfaller dette for Sametinget. Vi viser til pkt. 2.2.3.

Vindkraftverk med installert effekt på inntil 10 MW skal konsekvensutredes dersom tiltaket kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn. Det er imidlertid ikke et krav om et utredningsprogram eller en melding.⁵⁷

3.3.5 Vedtak

Etter at søknad med konsekvensutredning har vært på høring og NVE har mottatt høringsinnspill fra høringsinstanser, fatter NVE et vedtak basert på informasjonen i saken. NVE kan kreve tilleggsutredninger/-opplysninger hvis saken ikke er tilstrekkelig opplyst. Dersom samiske interesser blir berørt, skal NVE vurdere saken i lys av aktuelle internrettslige og folkerettslige regler som beskytter og gir en skjerpet begrunnelsesplikt overfor samisk kultur og næringsutøvelse.

3.3.6 Klage på konsesjonsvedtak og opprettholdt innsigelse

NVEs vedtak kan påklages av parter og andre med rettslig klageinteresse.⁵⁸ Berørte samiske interesser har klagerett på NVEs vedtak i henhold til forvaltningslovens regler om klage og omgjøring.

Når NVE mottar klager vedrørende negative virkninger på samisk kulturutøvelse, må NVE vurdere klagen i lys av internrettslige og folkerettslige regler. NVE mottar ofte klager på forhold som knytter seg til sumvirkninger/samlet inngreppssituasjon, det vil si den totale belastningen i et reinbeiteområde. Dersom NVE får opplysninger om nye forhold som kan ha betydning for sakens utfall, har vi en plikt til å undersøke disse forholdene.

NVE har adgang til å omgjøre et konsesjonsvedtak etter klage eller av eget tiltak.⁵⁹ Dersom NVE opprettholder vedtaket eller fatter vedtak som ikke imøtekommer klagen, sendes saken til Olje- og energidepartementet. Vedtak truffet av departementet er endelig og kan ikke påklages.

3.3.7 Miljø-, transport- og anleggsplan og detaljplan

Før tiltakshaver kan gå i gang med utbyggingen av et vindkraftverk med tilhørende nettilknytning, må NVE først godkjenne miljø-, transport- og anleggsplan (MTA).

⁵⁷ Konsekvensutredningsforskriften § 8

⁵⁸ Forvaltningsloven § 28 første ledd

⁵⁹ Forvaltningsloven §§ 33 og 35

Tiltakshaver har plikt til å bygge, drifte og vedlikeholde anlegget i tråd med konsesjonsvilkårene og energilovgivningen for øvrig. Konsesjoner om utbygging av nettanlegg krever en MTA-plan, men ikke en detaljplan.

En MTA-plan skal beskrive hvordan anlegget skal bygges innenfor rammene av konsesjonen. I anleggskonsesjon for bygging av et vindkraftverk er det vanlig å fastsette vilkår som skal ivareta hensynet til allmenne interesser. MTA-planen skal blant annet sikre at utbygger og entreprenør under bygging og drift av anlegget, tar hensyn til miljøinformasjon og informasjon om samisk utmarksbruk som har kommet frem under utredningsarbeidet.⁶⁰ MTA-planen skal også konkretisere tiltakene og omfatter både anlegg og hjelpeanlegg (f.eks. anleggsveier, riggplasser osv.)

For vindkraftverk skal det også utarbeides en detaljplan. En detaljplan skal inneholde en teknisk beskrivelse av komponenter og installasjoner som skal bygges, f.eks. hvor vindturbinene og internveiene skal plasseres. Plasseringen skal også vises nøyaktig i kart. Dersom det har skjedd endringer i utbyggingsløsningen fra det som er lagt til grunn i konsesjonen, skal detaljplanen gjøre rede for dette og eventuelle endrede virkninger.

3.3.8 Vilkår i konsesjon og krav til tiltak for å begrense ulemper

I konsesjonsvilkårene stilles det normalt krav om at avbøtende tiltak for berørte reinbeitedistrikter må fastsettes.

For å kunne ivareta hensynet til samiske interesser og reindriften og få til gode avbøtende tiltak, er det etter NVEs erfaring viktig med en løpende dialog i prosessen. NVE fører tilsyn med at konsesjonsvilkårene blir fulgt opp av tiltakshaver. På denne måten sikrer man også at rettighetene som følger av SP artikkel 27 blir ivaretatt.

For å sikre at hensyn til reindriften blir tatt i gjennomføringen av anleggsarbeidet er det viktig at reinbeitedistriktet involveres i detaljplanleggingen. Det er normalt praksis i NVE å sette krav om at MTA-planen skal utarbeides i dialog med blant annet berørt reinbeitedistrikt både for anleggs- og driftsfasen. I tillegg til de konkrete avbøtende tiltakene som er satt i konsesjonen, kan også NVE stille nye vilkår om avbøtende tiltak i MTA-plan og detaljplan.

NVE viser for øvrig til en detaljert omtale av NVEs vurdering av avbøtende tiltak i temarapporten om reindrift og annen samisk utmarksbruk.⁶¹

3.3.9 Klage på detaljplan eller miljø-, transport- og anleggsplan

NVEs vedtak om godkjenning av MTA- og detaljplan kan påklages av parter og andre med rettslig klageinteresse. Berørte samiske interesser har klagerett på NVEs vedtak i henhold til forvaltningslovens regler om klage og omgjøring.

⁶⁰ Se nærmere om dette i NVEs veileder 2016:1. Rettleiar for utarbeiding av detaljplan og miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) for vindkraftverk.

⁶¹ NVE rapport 58/2018. «Nasjonal ramme for vindkraft. Temarapport om reindrift og annen samisk utmarksbruk» pkt. 6.3

4 Eksempelsaker

I dette kapitlet har vi tatt med eksempelsaker. Det foreligger flere saker der NVE har avslått søknader om konsesjon med bakgrunn i at en utbygging ville ha forårsaket vesentlige ulemper for blant annet reindriften og øvrige samiske interesser. Ulempene har i disse konkrete sakene blitt vurdert til å være større enn fordelene.

I NVEs vedtak om avslag på utbygging av Mosjøen vindkraftverk av 13.11.2014 ble avslaget begrunnet i blant annet den samlede inngrepssituasjonen for Jillen-Njaarke reinbeitedistrikt.⁶² Her vurderte NVE at reinbeitedistriktet måtte gjennomføre endringer i sitt driftsmønster, at det kunne bli indirekte beitetap knyttet til unnvikelse for reinen, i tillegg til påvirkning av flere inngrep i beiteområder, blant annet kraftverk, jernbane, industribedrifter og hyttefelt. Mosjøen vindkraftverk ble vurdert i sammenheng med saken om Øyfjellet vindkraftverk, der det ble gitt konsesjon. NVE vurderte at Mosjøen vindkraftverk samlet sett ville medføre at reindriften ble presset, og la derfor avgjørende vekt på føre-var prinsippet i denne saken. En lignende vurdering ble gjort i NVEs avslag på konsesjon for Rieppi vindkraftverk av 10.11.2015.⁶³ I tillegg var det et sentralt moment at planområdet ble brukt til kalving, og at flytt- og trekkleier ville bli påvirket negativt.

For Hammerfest vindkraftverk⁶⁴ ble det lagt avgjørende vekt på den samlede inngrepssituasjonen for reinbeitedistrikt 20, og at de siste årene hadde det vært mange inngrep på Kvaløya. Det lå også flere planer om inngrep i kommunen. En betydelig befolkningsvekst i Hammerfest kommune ville bl.a. føre til økt bruk av utmark.

NVE avsto også søknad om konsesjon til Kopperaa vindkraftverk i Meråker av hensyn til samiske interesser.⁶⁵ I vurderingen ble det blant annet lagt til grunn at i Feren reinbeitedistrikt var det mange eksisterende arealinngrep. Det ble vektlagt at planområdet utgjorde viktige beite,- parrings- og parringsområder, og at flytt- og trekkleier sannsynligvis vil bli påvirket av tiltaket. NVE påpekte at flyttleier har et særlig vern etter reindriftsloven.

I OEDs vedtak for Kalvatnan vindkraftverk ble NVEs vedtak om konsesjon omgjort, og det ble ikke gitt tillatelse til utbygging av vindkraftverket.⁶⁶ Her la departementet til grunn at gjeldende reinbeitedistrikter allerede var preget av en rekke inngrep som ga tap- og driftsutfordringer for reindriften. Etter departementets syn var det en overhengende fare for at summen av etablerte inngrep i distriktet sammen med vindkraftprosjektet kunne være til hinder for at reindriften i reinbeitedistriktet kunne opprettholdes i det omfanget den hadde på vedtakstidspunktet.

I departementets vedtak for Kalvatnan vindkraftverk, skriver departementet at det skal legges vekt på om reindriftsutøverne er konsultert, om det er vurdert og gjort tilpasninger slik at de negative virkningene for reindriften blir redusert. Departementet har lagt til

⁶² NVE saksnummer 200707905-145

⁶³ NVE saksnummer 201101686-72

⁶⁴ NVE saksnummer 201107331-21

⁶⁵ NVE saksnummer 201203135-170

⁶⁶ OEDs klagevedtak av 11.1.2016. Fred. Olsen Renewables AS. Kalvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner.

grunn at også særlige begrensninger i muligheten til å drive reindrift vil kunne bli ansett som brudd på SP artikkel 27, selv om tiltaket ikke innebærer en total nektelse.

Referanser

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. https://www.regjeringen.no/contentassets/a5e5f2b1e4984468b04b10a60d26678b/ilo_norsk_020617.pdf

Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter. <https://lovdata.no/dokument/TRAKTAT/traktat/1966-12-16-1>

FNs erklæring om urfolks rettigheter
13.9.2007. <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/urfolkryddemappe/fns-erklaring-om-urfolks-rettigheter1/id629670/>

FNs sluttdokument 22.9.2014 A/RES/69/2. <http://undocs.org/A/RES/69/2>

Grunnloven 17. mai 1814.

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

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

Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).

Lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven).

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

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

Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger

Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak

NOU 1984:18. Om samenes rettsstilling

NOU 2001:35. Forslag til endring i reindriftsloven.

NOU 2007: 13. Den nye sameretten

Ot. prp. nr. 9 (1976-1977). Om lov om reindrift.

Ot. prp. nr. 25 (2006-2007). Om lov om reindrift (reindriftsloven).

Ot. prp. nr. 52 (2008-2009). Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

Prop. 116 L (2017-2018). Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner).

St. mld. Nr. 28 (2007-2008). Samepolitikken.

Rt. 2001 s. 769 (Selbu)

HR 2016-1219 A

HR 2018-872-A

Communication no. 547/1993, Apirana Mahuika vs. New Zealand, views adopted on October 27, 2000.

Communication no. 511/1992, Ilmari Länsman et al. vs. Finland, views adopted on October 26, 1994.

Communication no. 879/1999, George Howard vs. Canada, views adopted on July 26, 2005.

Communication no. 1457/2006, Angela Poma Poma v. Peru, views adopted on March 27, 2009.

Backer, Inge Lorange. *Naturmangfoldloven kommentarutgave*. 2010. Universitetsforlaget.

Gauslaa, Jon. *Utvikling av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltning og rettspleie i Øyvind Ravna*. 2007. Areal og eiendomsrett.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget.

Skogvang, Susann Funderud. *Samerett*. 3. utgave. Universitetsforlaget.

Smith, Carsten. *Samenes rettslige og politiske stilling i Norge*, Lov og Rett (1986), s. 115-144.

Winge, Nikolai. *Kampen om arealene*. Universitetsforlaget.

NVE rapport 28/2018. *Nasjonal ramme for vindkraft. Temarapport om reindrift og annen samisk utmarksbruk*. <https://www.nve.no/Media/6952/reindrift-og-annen-samisk-utmarksbruk.pdf>

NVEs veileder 2016:1. *Rettleiar for utarbeiding av detaljplan og miljø- transport- og anleggsplan (MTA) for vindkraftverk*. http://publikasjoner.nve.no/veileder/2016/veileder2016_01.pdf

Miljøverndepartementets veileder for naturmangfoldloven kapittel II. <http://www.miljodirektoratet.no/no/Publikasjoner/Publikasjoner-fra-DirNat/Annet/Veileder-for-naturmangfoldloven-kap-II-/>

Utredning for Olje- og energidepartementet av 16.6.2013. *Samiske folkerettslige rettigheter ved naturinngrep. Utredning for Olje- og energidepartementet i forbindelse med utbygging av kraftledninger og vindkraftverk*.

Sivilombudsmannens uttalelse: SOMB-2009-46 (2009 S 198).

Sivilombudsmannens uttalelse: 1996-1 (1996 S 30).

Lovavdelingens uttalelse: JDLOV-2010-8294.

Konsultasjonsavtale mellom Regjeringen og Sametinget 11.5.2005.

Konsultasjonsavtale mellom Sametinget og NVE 31.3.2009.

Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser. 23.6.2006. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami_-_veileder_for_konsultasjoner.pdf

OEDs klagevedtak av 11.11.2016. Kalvvatnan vindkraftverk.

NVE vedtak av 13.11.2014. Møsjøen vindkraftverk. 200707905-145.

NVE vedtak av 10.11.2015. Rieppi vindkraftverk. 201101686-72.

NVE vedtak av 11.01.2013. Hammerfest vindkraftverk. 201107331-21.

NVE vedtak av 13.04.2015. Kopperaa vindkraftverk. 201203135-170.



NVE

Norges vassdrags- og energidirektorat

MIDDELTHUNSGATE 29
POSTBOKS 509 I MAJORSTUEN
0301 OSLO
TELEFON: (+47) 22 95 95 95

www.nve.no