



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 21.02.2020 i Oslo tingrett.

Saksnr.: 19-053708TVI-OTIR/04

Dommer: Tingrettsdommer Frode Støle

Saken gjelder: Krav om erstatning for rettsstridig myndighetsutøvelse

Sandhaugen Vindkraftverk AS

Advokat Kaare Andreas Shetelig
og advokat Michael Lindström

mot

Staten v/Olje- og energidepartementet

Advokat Anders Blakstvedt

DOM

Saken gjelder krav om erstatning for tapte inntekter fra et vindkraftverk som ikke ble bygget. Et vedtak fra Olje- og energidepartementet førte til at utbyggingsplanene ikke ble videreført. De sentrale spørsmålene i saken er om departementets myndighetsutøvelse var rettsstridig og ansvarsbetingende, om departementets myndighetsutøvelse er årsak til økonomisk tap hos saksøker, og – i så fall – hva som er størrelsen på det økonomiske tapet.

1. Bakgrunn

1.1 Sandhaugen, Kvitfjell og Raudfjell

Norsk Miljøkraft AS (NMK) utviklet tre vindkraftprosjekter på Kvaløya i Tromsø fra slutten av 1990-tallet: Kvitfjell (200 MW), Raudfjell (inntil 100 MW) og Sandhaugen (opprinnelig 7 MW, senere utvidet i flere omganger til 16 MW).

Kvitfjell- og Raudfjell-prosjektene ble i 2017 solgt til et konsortium bestående av vindturbinprodusenten Siemens og tyske finansielle investorer. Kvitfjell og Raudfjell vindkraftverk ble realisert som ett samlet prosjekt. Utbyggingen er i siste fase nå. Kraftverket består av 67 vindturbiner med en samlet installert effekt på 284,4 MW og en estimert årlig energiproduksjon på 900 GWh.

Sandhaugen er et vesentlig mindre prosjekt, som NMK ønsket å realisere selv gjennom datterselskapet Sandhaugen Vindkraftselskap AS. Dette selskapet het tidligere NMK FoU AS, og omtales i dommen her stort sett som Sandhaugen eller konsesjonæren.

1.2 NVEs konsesjonsbehandling av Sandhaugen-prosjektet fra 2002 til 2017

Opprinnelig konsesjon for det som senere ble Sandhaugen vindkraftverk ble gitt til NMK i desember 2002. Konsesjonen gir tillatelse til å etablere en «teststasjon for vindkraft bestående av to vindturbiner med en total installert effekt på 7 MW» og en «pilotturbin» med installert effekt på inntil 2,5 MW. Pilotturbinen skulle midlertidig plasseres lenger opp på fjellet enn Sandhaugen. Pilotturbinen skulle ha driftstid inntil 1. januar 2007, men konsesjonen for turbinene på testfeltet hadde varighet til 1. januar 2028. Så lenge pilotturbinen var i drift, måtte installert effekt i testturbinene begrenses til 4,5 MW. Konsesjonen åpnet med andre ord for inntil tre turbiner, hvorav en forholdsvis kortvarig, og en samlet effekt på 7 MW.

Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) skrev et notat 9. desember 2012 om bakgrunnen for vedtaket. Her sammenfattes begrunnelsen for å gi konsesjonen slik:

NVE vil etter en samlet vurdering gi Norsk Miljøkraft AS konsesjon for en teststasjon for vindkraft og en midlertidig pilotturbin ved Sandhaugen på Kvaløya i Tromsø kommune. NVE ser stor nytte av at det etableres en teststasjon med tanke på å utvikle kompetanse og utstyr for vindkraftproduksjon under vanskelige klimatiske forhold. Den midlertidige pilotturbinen anses som

nødvendig med tanke på realisering av det konsesjonsgitte vindkraftverket på Kvittfjell. Tiltaket anses å være akseptabelt i forhold til landskapsmessige virkninger. For friluftslivet anses tiltaket å ha små konsekvenser. For andre forhold og interesser vil tiltaket ha små eller ingen konsekvenser. Det settes vilkår om at det skal utarbeides en anleggsplan, samt plan for nedlegging av pilotturbin, som skal godkjennes av NVE.

Det fremgår av notatet at konsesjonssøknaden hadde vært på en bred offentlig høring våren 2002. En rekke sentrale og lokale offentlige myndigheter fikk søknaden på høring, og det gjorde også organisasjoner som representerte allmenne interesser. Reinbeitedistrikt Kvaløya var blant høringsinstansene. Det kom inn høringsuttalelser fra Tromsø kommune, Troms fylkeskommune, Sametinget, Fylkesmannen i Troms, Reindriftsforvaltningen i Troms, Direktoratet for naturforvaltning, Luftfartstilsynet, Forsvarsbygg, Brensholmen og Sommarøy utviklingslag og Sjøtun/Sandneshamn utviklingslag. Det fremgår av NVEs notat om bakgrunnen for vedtaket (side 8) at høringen førte til endringer i prosjektet:

Planene for teststasjon og pilotturbin er justert i forhold til opprinnelig søknad på bakgrunn av blant annet innspill i høringsfasen og under befaring. De justerte planene innebærer redusert arealbruk, færre turbiner, redusert avstand mellom testfelt og pilotturbin og redusert veilengde. Testfeltet er også flyttet i forhold til Sandhaugen, som er et lokalt populært turmål. Tromsø kommune og lokale interesser er fornøyd med den justeringen som er foretatt, og konstaterer at ulemperne vil bli redusert. NVE vurderer det slik at de justerte planene vil være en forbedring i forhold til de ulemper som er påpekt, blant annet ved at veginngrepet reduseres og turbiner flyttes i forhold til friluftslivsinteressene. De justerte planene vil gi et mer kompakt anlegg, noe som etter NVEs syn vil være positivt landskapsmessig.

Konsesjonen inneholdt på vanlig måte et vilkår om idriftsettelsesfrist: anlegget «må være fullført og satt i drift innen 01.01.2006». Pilotturbinen ble bygget i 2004, og i den forbindelse ble det også bygget anleggsvei og infrastruktur for å koble pilotturbinen til kraftnettet. Driftstiden for pilotturbinen ble i 2003 utvidet til 1. januar 2012. Denne konsesjonsendringen skjedde etter søknad fra konsesjonæren. NVE fant det ubetenkelig å unnlate høring av søknaden, fordi forlengelsen ikke ble ansett å innebære vesentlige konsekvenser utover det som ble vurdert i forbindelse med opprinnelig konsesjonssøknad fra 2002.

I 2004 ble konsesjonen overført til NMKs datterselskap NMK FoU AS (nå Sandhaugen Vindkraftverk AS).

Testfeltet – de to øvrige turbinene som det var gitt konsesjon til utover pilotturbinen – ble ikke realisert. I 2010 ble pilotturbinen ødelagt i brann. Det ble ikke satt opp noen ny pilotturbin.

Etter havariet sendte Sandhaugen i oktober 2010 søknad om justering og forlengelse av anleggskonsesjonen, som ble innvilget 23. februar 2011. Den nye konsesjonen gjaldt for tre turbiner med inntil 9 MW, alle innenfor testfeltet. Varigheten ble forlenget frem til 25

år fra idriftsettelse, men ikke utover 1. januar 2037. Frist for fullført bygging og idriftsettelse ble satt til tre år etter endelig vedtak. Høring ble ikke foretatt, fordi endringene ikke ble ansett å medføre ulemper utover det som ble vurdert i 2002, jf. NVEs oversendelsesbrev til konsesjonæren:

NVE vurderer det som en fordel at testturbinene samles innenfor testfeltet som ble meddelt konsesjon 12.12.2002. I tillatelsen har NVE vektlagt viktigheten av videre uttesting av turbiner i kaldt klima, og at planendringen ikke medfører nye ulemper sammenlignet med det som ble avklart i konsesjonsbehandlingen i 2002. På denne bakgrunn har NVE funnet det ubetenkelig å unnlate høring av endringssøknaden. NVE har satt vilkår i konsesjonen om bl.a. detaljplan, miljø- og transportplan for å ivareta miljøhensyn mv.

I august 2011 spurte Sandhaugen NVE om fire turbiner kan realiseres innenfor planområdet for konsesjonen. NVE svarte i brev 27. september 2011 at begrensningen til 9 MW er satt fordi det er begrenset kapasitet i distribusjonsnettet i området. Det ble videre sagt at «konsesjonen som er meddelt er å oppfatte som en avklaring av et areal som kan benyttes til vindturbiner», og vist til at NVE i konsesjonsbehandlingen alltid legger opp til fleksibilitet, slik at konsesjonær kan sikre en teknisk og økonomisk optimal utbygging innenfor planområdet. Det ble gitt uttrykk for at det innenfor konsesjonsarealet «kan installeres inntil 4 turbiner, og at dette ikke medfører vesentlig endrete virkninger for omgivelsene». Det ble imidlertid ikke gitt noen tillatelse eller konsesjonsendring, men vist til konsesjonens vilkår om detaljplan, og at NVE skal godkjenne detaljplan med endelig layout for testfeltet.

I januar 2014 søkte Sandhaugen om utsatt frist for idriftsettelse. NVE behandlet søknaden forholdsvis raskt og uten høring, og innvilget søknaden den 28. januar 2014. Ny frist for idriftsettelse ble satt til 30. september 2017. Begrunnelsen var i hovedtrekk at de siste årenes rammebetingelser gjorde det vanskelig å få realisert testfeltet på Sandhaugen, og at det fortsatt var behov for testsenteret for å danne grunnlag for utbygging av andre vindkraftverk i regionen – herunder Kvitfjell og Raudfjell. Dette ville igjen være av stor betydning for å oppfylle fastsatte mål for ny fornybar energiproduksjon i Norge.

Den 29. juni 2015 søkte Sandhaugen om økning av maksimal installert effekt i Sandhaugen vindkraftverk fra 9 til 15 MW. Det ble vist til at teknologiutviklingen de siste årene hadde gitt mer effektive turbiner, og at økt effekt i hver turbin ville styrke økonomien i Sandhaugen vindkraftverk vesentlig. NVE var ekstraordinært effektive, og innvilget søknaden dagen etter – 30. juni 2015. Det fremgår i vedtaket at endringen ikke ville føre til endrete virkninger for omgivelsene, og at høring ikke var nødvendig:

Etter NVEs vurdering er det avgjørende at tiltakshaver kan utnytte konkurransen i leverandørmarkedet og de siste års teknologiutvikling for å sikre at en utbygging av Sandhaugen vindkraftverk kan bli økonomisk bærekraftig. Økt installert effekt fra 9 MW til inntil 15 MW vil ikke medføre endrete virkninger for omgivelsene. Det vil bli samme antall turbiner og tårnhøyde/rotordiameter vil ikke bli endret sammenlignet med utbygging i

henhold til gjeldende anleggskonsesjon. Den økte effektinstallasjonen i hver turbin vil derfor ikke medføre endringer som blir mulig å registrere. Omsøkt løsning vil ikke være i strid med *Forskrift om konsekvensutredninger for tiltak etter sektorlover* med virkningsdato fra 01.01.2015. Siden økt effektinstallasjon ikke medfører endrete virkninger for omgivelsene har NVE funnet det ubetenkelig å unnlate høring av søknaden.

Den 19. april 2017 søkte Sandhaugen på ny om endringer i konsesjonen. Nå ble det søkt om endret effektinstallasjon fra 15 til 16 MW, og utsatt frist for idriftsettelse fra 30. september 2017 til 1. juni 2020.

NVE innvilget søknaden den 25. april 2017. I begrunnelsen fremgår at søknaden om utsatt idriftsettelse ble innvilget fordi det var kommersielt fornuftig å bygge ut Sandhaugen vindkraftverk samtidig med Kvitfjell og Raudfjell:

NVE konstaterer at det søkes om forlengelse av utsatt frist for idriftsettelse med bakgrunn i behovet for å bygge ut Sandhaugen vindkraftverk parallelt med Kvitfjell og Raudfjell vindkraftverk. Etter NVEs vurdering er det hensiktsmessig å bygge ut de tre vindkraftverkene samtidig, slik at konsesjonær kan utnytte potensialet for tekniske og økonomiske samdriftsfordeler.

Effektøkningen ble innvilget fordi den ikke ville gi endrete virkninger, og av samme grunn ble høring ansett unødvendig:

Etter NVEs vurdering vil økt installert effekt fra 15 MW til inntil 16 MW ikke medføre endrete virkninger for omgivelsene. Det vil bli samme antall turbiner og tårnhøyde/rotordiameter sammenlignet med utbygging i henhold til gjeldende anleggskonsesjon. Den ekte effektinstallasjonen i hver turbin vil derfor ikke medføre endringer som blir mulig å registrere. Omsøkt løsning vil ikke være i strid med *Forskrift om konsekvensutredninger for tiltak etter sektorlover* med virkningsdato fra 1.1.2015. Siden økt effektinstallasjon ikke medfører endrete virkninger for omgivelsene, har NVE funnet det ubetenkelig å unnlate høring av søknaden.

1.3 Reindriften på Kvaløya

Kvaløya reinbeitedistrikt består av to siidaer (driftsenheter). Den ene eies av Per Kitt, mens den andre eies av Reiulf og Risten Turi Aleksandersen. Aleksandersens siida var frem til 2014/2015 eid av en slektning av Per Kitt, og Kitt drev begge siidane. Aleksandersen overtok sin siida i 2014 og flyttet til Kvaløya med sine rein i 2015. Aleksandersens driftsenhet kalles Dorvvošnjárgga siida.

I 2002 inngikk NMK en kompensasjonsavtale med reinbeitedistriktet for utbyggingen på Sandhaugen. Per Kitt har etter dette vært positiv til utbyggingsplanene. Risten Turi og Reiulf Aleksandersen har imidlertid vært motstandere av vindkraftutbyggingen på Kvaløya – både Kvitfjell/Raudfjell og Sandhaugen. Det har vært et vanskelig forhold og dårlig samarbeidsklima mellom de to siidaene.

1.4 Omlegging av anleggsveien til Kvittfjell/Raudfjell

I konsesjonsbehandlingen av Kvittfjell og Raudfjell-prosjektene, ble det bestemt at turbinene skulle fraktes opp på fjellet fra en ny kai i Buvika. Anleggsvei skulle etableres med tunnel opp på fjellet.

I 2017 søkte utbygger om å få benytte eksisterende adkomstvei for Sandhaugen fra Sjøtun, som ble bygget i forbindelse med etablering av pilotturbinen i 2004. Endringen ble innvilget av NVE 20. oktober 2017 til tross for massiv lokal motstand. Vedtaket om endret adkomstvei ble påklaget til OED, blant annet av Dorvvošnjárgga siida. Endringen ble imidlertid fastholdt av departementet.

1.5 Olje- og energidepartementets behandling av Sandhaugen-saken

Den 12. desember 2017 ble det sendt en klage til NVE fra seks privatpersoner med tilknytning til Kvaløya, blant andre Risten Turi Aleksandersen.

Klagen rettet seg mot samtlige vedtak om Sandhaugen fra februar 2011 til april 2017:

Vi viser til vedtak gjort i perioden 23.02.2011 til 25.04.2017 hvor det gis justerte og forlengede anleggskonsesjoner til Norsk Miljøkraft FoU AS for Sandhaugen vindkraftverk.

NVE gir ny konsesjon 23.02.2011 til Norsk Miljøkraft FoU AS med påfølgende utsettelse og endringer til siste vedtak 25.04.2017.

Opprinnelig konsesjon fra 2002 for teststasjon Sandhaugen med 2 + 1 turbin totalt 7 MW er i løpet av årene 2011 til 2017 endret til Sandhaugen vindkraftverk med 4 turbiner og effektinstallasjon inntil 16 MW, UTEN HØRINGER ELLER KONSEKVENSTREDNINGER.

I klagen ble det fremsatt en rekke innvendinger til NVEs saksbehandling i perioden 2011 til 2017. Det ble fremholdt at prosjektet har endret karakter og blitt vesentlig utvidet uten at det har vært gjennomført høringer og uten at lokale endringer er blitt vurdert. Det ble vist til forvaltningsloven § 31, og anført at det av særlige grunner var rimelig at klagen ble prøvd av OED. Kravet i klagen var at «konsesjon gitt Norsk Miljøkraft FoU AS til Sandhaugen vindkraftverk trekkes tilbake».

NVE avviste klagen i vedtak 9. mars 2018. NVE mente at klagen var for sent fremsatt, og at det ikke var grunnlag for å gi oppreisning for oversittelse av klagefrist etter forvaltningsloven § 31. Avvisningsvedtaket ble ikke sendt til konsesjonæren, men OED fikk kopi. OED fikk noen dager tidligere også et mer utfyllende notat fra NVE om saksbehandlingen av Sandhaugen-saken.

Den 14. mars 2018 sendte OED et brev til avsenderne av klagen av 12. desember 2017. Tromsø kommune, Fylkesmannen i Troms og NVE var også på adresselisten. Det var også konsesjonæren, men med feil adresse. Brevet hadde overskriften «Sandhaugen vindkraftverk – anmodning om omgjøring – forhåndsvarsel». I dette brevet fra OED vises

det til Risten Turi Aleksandersen med fleres brev av 12. desember 2017, altså det som ovenfor er omtalt som en klage. Dette brevet ble av OED oppfattet som en anmodning om omgjøring av konsesjonen for Sandhaugen.

Mottakerne av brevet ble varslet om at departementet vil vurdere om det er grunnlag for omgjøring, og OED ba om eventuelle merknader innen 2. april 2018.

27. mars 2018 skrev Risten Turi Aleksandersen og de øvrige avsenderne av klagen av 12. desember 2018 til OED. De viste både til OEDs brev av 14. mars med forhåndsvarsel om omgjøring, og til NVEs brev av 9. mars om avvisning av klage. Retten kommer tilbake til det nærmere innholdet i brevet.

Den 3. april 2018 sendte OED epost til konsesjonær ved daglig leder Jonny Sørensen. I eposten fremgår at forhåndsvarselet om omgjøring ble sendt i posten til konsesjonæren, men at det ikke var kommet merknader fra selskapet innen fristen. Det ble da avklart at brevet ikke var kommet frem, og at selskapet ikke hadde fått det før ved eposten 3. april 2018. Konsesjonæren innga merknader ved epost 12. april 2018.

Departementet fattet 19. juni 2018 et vedtak i saken. Vedtaket var imidlertid ikke en oppfølging av OEDs omgjøringsvarsel. I stedet er vedtaket truffet i et annet forvaltningsrettslig spor: klagebehandling over NVEs avvisningsvedtak av 9. mars 2018. Det fremgår i vedaket 19. juni 2018 at klagernes brev til OED 27. mars 2018 må anses som en klage over NVEs avvisningsvedtak. I motsetning til NVE kom OED til at vilkårene for å gi oppreisning for oversittelse av klagefristen var oppfylt, og at klagen over NVEs vedtak 25. april 2017 kunne og burde tas til behandling.

NVE fastholdt 22. november 2018 sitt vedtak av 25. april 2017. Departementet mottok innspill fra konsesjonæren, reindriften, La Naturen Leve, Sametinget og Kvitfjellet skilag. Flere av innspillene ble ikke videreformidlet til Sandhaugen til uttalelse.

18. januar 2019 traff OED det vedtaket som er opphav til denne tvisten. Retten kommer tilbake til hovedelementer i begrunnelsen, men gjengir konklusjonsavsnittet her:

Klagen på vedtak om fristforlengelse og økt installert effekt av 25. april 2017 tas til følge.

Det gis ikke forlenget frist for idriftsettelse av anlegget. Fristen for å realisere anlegget er utløpt.

Dette vedtaket medførte at utbyggingsplanene på Sandhaugen stoppet opp. Selskapet forsøkte å få OED til å omgjøre vedtaket, men OED fastholdt vedtaket i brev 18. mars 2019. Det ble da umulig å realisere Sandhaugen i sammenheng med Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet, noe som var en forutsetning for de gunstige betingelsene fra turbinleverandøren.

1.6 Gjenstående tillatelser: Detalj- og MTA-plan, konsesjonsendringer, dispensasjon fra kommuneplanens arealdel

Sandhaugen hadde ikke alle nødvendige offentligrettslige tillatelser på plass da arbeidet med prosjektet stoppet.

For det første var det behov for konsesjonsendringer. Selskapet søkte i august 2018 om en økning i installert effekt fra 16 til 16,8 MW, fordi de turbinene som skulle brukes hadde fått ytterligere software-oppgraderinger og blitt mer effektive.

Videre måtte selskapet få godkjent en økning fra tre til fire turbiner, og få godkjent den endelige planlagte plasseringen av de fire turbinene, som utnyttet et større areal enn konsesjonens planområde. Partene er uenige om disse endringene krevde *konsesjonsendring* eller om de kunne godkjennes i NVEs behandling av detaljplan og miljø-, transport og anleggsplan (MTA-plan). Uansett er det på det rene at disse forholdene måtte godkjennes av NVE på den ene eller andre måten.

Det var også behov for dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. I arealdelen var deler av konsesjonens planområde avsatt til vindkraftverk, mens en betydelig del var regulert til LNFR-område (landbruk, natur, friluft- og reindriftsområde).

Sandhaugen sendte 13. juli 2018 inn detalj- og MTA-plan til NVE for godkjenning, og samme dato ble det sendt søknad til Tromsø kommune om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Behandlingen av begge disse søknadene ble stilt i bero mens klagesaken var til behandling.

1.7 Søksmålet

Sandhaugen varslet søksmål i sin omgjøringsbegjæring 13. februar 2019. Da OED ikke omgjorde vedtaket, tok selskapet ut søksmål med krav om erstatning ved stevning 3. april 2019. Staten leverte tilsvarende med krav om frifinnelse 19. mai 2019.

Hovedforhandling i saken ble holdt 20. til 24. januar 2020. Retten hørte partsforklaring fra styreleder Birger Sørensen i Sandhaugen Vindkraftverk AS, og vitneforklaring fra daglig leder Jonny Sørensen og styremedlem Aslak Aslaksen. Videre hørte retten forklaringer fra reindriftsutøverne Risten Turi Aleksandersen og Per Kitti, fra en ansatt i banken som hadde gitt finansieringstilsagn for Sandhaugen-prosjektet, og fra seksjonssjefene Arne Olsen og Øyvind Leirset i NVE. Hver av partene førte også et sakkyndig vitne om Sandhaugens økonomiske tap, henholdsvis Halvor Grov fra KWC for saksøker og Jostein Skaar fra Oslo Economics for staten. I tillegg ble det ført dokumentbevis fra en dokumentsamling som følger rettsboken.

2. Sandhaugen Vindkraftverk AS' påstand og argumentasjon

Sandhaugen la ned slik påstand:

1. Staten v/Olje- og energidepartementet betaler erstatning til Sandhaugen Vindkraftverk AS etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 150 000 000, tillagt forsinkelsesrenter fra 30 dager etter at stevningen er forkynt.
2. Sandhaugen Vindkraftverk AS tilkjennes sakskostnader.

Til støtte for denne påstanden anførte Sandhaugen i korte trekk:

Departementets vedtak 18. januar 2019 og 19. juni 2018 er ugyldige og ansvarsbetingende. At det første vedtaket er ugyldig medfører at det andre vedtaket også er ugyldig. Det andre vedtaket er uansett ugyldig ut fra selvstendige ugyldighetsgrunner. De ugyldige vedtakene har ført til at Sandhaugen har lidt et økonomisk tap ved ikke å få bygget ut i henhold til konsesjonen.

Det første vedtaket – hvor OED omgjorde NVEs avvisning av klagen – er ugyldig fordi:

- Det er truffet uten at Sandhaugen ble gjort kjent med at det forelå en klage på NVEs avvisning av klagen, og uten at Sandhaugen fikk anledning til å uttale seg om klagen eller øvrige innlegg i klagesaken. Forvaltningslovens §§ 16 og 17 er brutt, og dette har virket inn på vedtaket.
- Det er feil ved vurderingen av om opppreisning skulle gis etter forvaltningsloven § 31. Vilåårene for opppreisning var ikke oppfylt, verken etter bestemmelsens bokstav a eller b.
- Skjønnsutøvelsen bygger på uriktige faktiske og rettslige premisser.
- Det forelå faktisk ingen klage over NVEs avvisningsvedtak som OED kunne ta til behandling.

Det andre vedtaket – hvor OED avslo søknaden om utsatt idriftsettelsesfrist – er ugyldig fordi:

- Spørsmålet om å endre idriftsettelsesfristen lå utenfor rammen av klagesaken, og ble ikke forelagt Sandhaugen. En rekke innlegg i saken ble ikke forelagt Sandhaugen, i strid med forvaltningsloven § 17.
- Departementet har reelt sett truffet et vedtak om å trekke tilbake konsesjonen. Vilåårene for å trekke tilbake konsesjonen følger av energiloven § 10-3, og er ikke vurdert eller oppfylt. Dette gjør vedtaket ugyldig og i strid med den Europeiske menneskerettskonvensjons første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK TP 1-1).
- Sandhaugens søknad om endring av idriftsettelsesfristen er en søknad om vilkårsendring, som OED ikke har vurdert etter det vurderingstemaet som følger av energiloven § 10-4 andre ledd. Departementet foretar i stedet en vurdering av om

konsesjon bør gis, og dermed i realiteten en vurdering av om konsesjonen bør omgjøres.

- Departementets vurdering er foretatt med utgangspunkt i et uriktig rettslig premiss om at konsesjonen faller bort hvis idriftsettelsesfristen endres tilbake til slik den var før NVE forlenget den.
- Når departementet bare har vurdert om konsesjonen bør videreføres, er det tatt utenforliggende hensyn, og pliktige hensyn er ikke vurdert.
- Hoveddelen av OEDs begrunnelse i vedtaket knytter seg til tidligere vedtak fra NVE, som ikke var del av klagesaken. OED har lagt vekt på feil ved tidligere vedtak. Det er ikke feil ved de tidligere vedtakene, og det er uansett ikke anledning til å legge vekt på eventuelle feil når de ikke fører til ugyldighet.
- Hvis det forelå en klage på NVEs vedtak fra april 2017, gjaldt den bare økningen i tillatt installert effekt fra 15 til 16 MW, ikke forlengelsen av idriftsettelsesfristen. Det er feil når det i vedtaket legges vekt på at det var påregnelig at OED ville vurdere om konsesjonen skulle opprettholdes.

OED er ansvarlig for rettsstridig myndighetsutøvelse både på objektivt og subjektivt grunnlag. Det er begått flere uaktsomme feil i tilknytning til begge vedtakene. Den uriktige rettslige forutsetningen at en konsesjon etter energiloven bortfaller når en idriftsettelsesfrist løper ut, er uaktsom.

Med en riktig saksbehandling er det sannsynlig at vedtakene ville fått et annet innhold og at Sandhaugen ville fått bygge ut vindkraftverket.

Sandhaugen er påført et økonomisk tap som følge av at man ikke fikk bygget ut kraftverket slik det var planlagt. Selskapet hadde finansiering og det alt vesentlige av avtaler på plass. Alle nødvendige offentligrettslige tillatelser ville blitt gitt, om man tenker OEDs rettsstridige myndighetsutøvelse bort. NVE ville gitt konsesjonsendringer i form av utvidelse av planområdet for vindkraftverket, økning fra tre til fire turbiner, økning til 16,8 MW installert effekt og forlenget konsesjonstid slik at kraftverket ville fått minst 25, og sannsynligvis 30 års drift. NVE ville godkjent detalj- og MTA-plan.

Sandhaugen ville mest sannsynlig fått NVE til å godkjenne plassering av fire turbiner slik det ble søkt om i søknaden om godkjenning av MTA- og detaljplan. Dette lå innenfor rammen av konsesjonen, fordi konsesjonen fastsatte at plasseringen skulle være «i det vesentlige» som på kart vedlagt konsesjonen. NVE ville i alle fall godkjent fire turbiner innenfor det planområdet det var gitt konsesjon for.

Kommunen ville gitt omsøkt dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Subsidiært; det ville blitt gitt dispensasjon i alle fall for konsesjonsområdet. Atter subsidiært, Sandhaugen ville fått anledning til å utvide konsesjonsområdet innenfor det området som i kommuneplanen var avsatt til vindkraft. Atter, atter subsidiært: Sandhaugen måtte forholdt

seg til både eksisterende konsesjonsområde og gjeldende regulering etter plan- og bygningsloven. I så fall ville man fått etablert tre turbiner, med interntap.

Størrelsen på det økonomiske tapet må fastsettes skjønnsmessig. Vurderingen må ta utgangspunkt i at selskapet allerede hadde foretatt grunn- og infrastrukturinvesteringer, og at Sandhaugen vindkraftverk var spesielt lønnsomt som følge av et svært gunstig pristilbud fra Siemens på levering av turbiner. Man fikk samme pris på turbinene som i leveransen til Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet, man fikk en selgerkreditt som innebar at 85 % av kjøpesummen for turbinene skulle betales etter at kraftverket hadde vært i drift i ett år, og man hadde en såkalt «earn-out»-avtale som innebar at Siemens og Sandhaugen skulle dele 50/50 de inntektene som måtte komme fra kraftproduksjon utover garantert produksjon. Disse gunstige betingelsene ble oppnådd i sluttforhandlingene om salg av Kvitfjell og Raudfjell-prosjektene, som motytelse til en reduksjon i salgsprisen for Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet på 3 millioner euro. Sandhaugen har utarbeidet en finansmodell som også ligger til grunn for finansieringen av prosjektet. Modellen gir en netto nåverdi for prosjektet på mellom ca 215 millioner og ca 108 millioner kroner, avhengig av hvilke fremtidige kraftpriser man baserer beregningen på. Det økonomiske tapet anslås å ligge i størrelsesorden 150 til 200 millioner kroner. Tapet må multipliseres med 1,22 for å ta høyde for at erstatningen vil bli skattlagt som inntekt.

Det er ikke grunnlag for å redusere erstatningen på grunn av skadelidtes medvirkning. Sandhaugen underrettet reinbeitedistriktet på en måte som oppfylte kravene i forvaltningsloven § 27. Underretningen skjedde i samsvar med NVEs direktiv om at Sandhaugen skulle forholde seg til reinbeitedistriktets styre, og i samsvar med kontaktinformasjon oppgitt i årsmøteprotokoll fra reinbeitedistriktet.

3. Statens påstand og argumentasjon

Staten la ned slik påstand:

1. Staten v/Olje- og energidepartementet frifinnes.
2. Staten v/Olje- og energidepartementet tilkjennes sakskostnader.

Til støtte for påstanden anførte staten i korte trekk:

Ingen av de alminnelige vilkårene for erstatning er oppfylt.

Departementet hadde kompetanse til å behandle og avslå Sandhaugens søknad om utsatt idriftsettelsesfrist. Forvaltningen «kan» innvilge en søknad om utsatt frist for idriftsettelse, jf. energiloven § 10-4 andre ledd. Om kompetansen skal benyttes, beror på et fritt forvaltningsskjønn. NVE innvilget søknaden, men reindriftsutøver og rettighetshaver Risten Turi Aleksandersen klaget på vedtaket. Olje- og energidepartementet hadde som klageinstans kompetanse til å behandle alle sider av saken. Konsekvensen av at OED i sitt

vedtak i klagesaken 18. januar 2019 besluttet å ikke innvilge søknaden om fristutsettelse, var at idriftsettelsesfristen var utløpt, og at prosjektet ikke lenger kunne realiseres.

Departementet ga oppreisning for oversittelse av klagefristen 19. juni 2018. Dette hadde OED kompetanse til å gjøre. Departementet hadde både rett og plikt til å behandle Aleksandersens brev av 27. mars 2018 som en klage over NVEs avvisning av klagen. Vilkårene for å ta klagen til behandling i forvaltningsloven § 31 var oppfylt, både etter første ledd bokstav a og første ledd bokstav b.

Sandhaugen har påberopt flere saksbehandlingsfeil og andre tilblivelsesfeil ved de to vedtakene fra OED. Staten bestrider at det er begått slike feil, og eventuelle feil kan uansett ikke ha innvirket på vedtakenes innhold. Departementet ville vedtatt oppreisning for oversittelse av klagefrist selv om eventuelle feil tenkes borte.

Ugyldighet på grunnlag av saksbehandlingsfeil er ikke nok til å etablere erstatningsplikt, det må også være årsakssammenheng mellom feilene og Sandhaugens tap. Spørsmålet er ikke om OEDs vedtak er ugyldig på grunn av feil som *kan ha virket inn* på vedtakets innhold. Spørsmålet er om det er begått feil som *er årsak til* at søknaden ble avslått og tapet som angivelig oppsto på grunn av dette.

Skjønnnet som er utøvet i vedtaket om å avslå søknaden om utsatt frist for idriftsettelse bygger ikke på tilblivelsesfeil. Eventuelle feil er uansett ikke årsak til vedtaket og det angivelige tapet.

Uansett foreligger ikke årsakssammenheng fordi Sandhaugen ikke ville fått andre nødvendige tillatelser etter energiloven og plan- og bygningsloven. Slike tillatelser ville i alle fall ikke vært på plass innenfor det begrensede «tidsvinduet» som Sandhaugen hevder var kritisk for å realisere verdiene i prosjektet.

Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag: Det er ikke grunnlag for objektivt ansvar, og forvaltningen har ikke utvist erstatningsbetingende uaktsomhet. Ingen uaktsomme feil var årsak til vedtaket om å avslå søknaden om utsatt idriftsettelse, og det var ikke uaktsomt å bruke kompetansen i den situasjonen som hadde oppstått.

Sandhaugen var kjent med endringer i reindriften etter at Aleksandersen overtok en siida-andel, og med de sterke motsetningene mellom siida-eierne. Det var en synbar og påregnelig risiko at informasjon som ble gitt til Per Kitt, ikke ville bli videreformidlet til Aleksandersen. Dette skjedde, og var grunnen til at klagebehandling skjedde lenge etter utløpet av ordinær klagefrist. Det var uaktsomt av Sandhaugen å ta sjansen på at Kitt ville videreformidle informasjon til Aleksandersen, gitt at prosjektet var ekstremt sårbart for forsinkelser. I den grad Sandhaugen krever erstatning for tap som følge av at selskapet innrettet seg i tillit til NVEs vedtak 25. april 2017 om utsettelse av fristen, har Sandhaugen selv medvirket til tapet ved egen uaktsomhet, jf. skadeserstatningsloven § 5-1. Sandhaugen kunne enkelt unngått tapet ved å varsle Aleksandersen om NVEs vedtak.

Staten bestrider at Sandhaugen har hatt et økonomisk tap. Under enhver omstendighet er tapet mye lavere enn Sandhaugen har anslått.

4. Rettens vurdering

4.1 Innledning og oversikt

Hovedspørsmålet i saken er om Sandhaugen har krav på erstatning som følge av OEDs vedtak. At vedtakene eventuelt er ugyldige, er ikke i seg selv tilstrekkelig. Det må foreligge *ansvarsgrunnlag*. Staten kan under særlige omstendigheter bli *objektivt* ansvarlig for uhjemlet myndighetsutøvelse. Den klare hovedregelen er imidlertid at ansvar for feil i myndighetsutøvelsen må baseres på arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1, som forutsetter skyld hos en eller flere ansatte. Retten viser til HR-2019-2396-A (Frøybas) avsnitt 57 til 59. Dette skyldansvaret er imidlertid strengt, jf. Frøybas-dommen avsnitt 68. Det offentlige har ansvar for feil lovtolkning med mindre feilen er *unnskyldelig*, og den konkrete rettsanvendelsen må være *forsvarlig* for å unngå ansvar.

Det er i denne saken ikke grunn til å gå nærmere inn på det objektive ansvaret for myndighetshandlinger.

Det er heller ikke grunn til å dvele lenge ved spørsmål om saksbehandlingsfeil og andre tilblivelsesfeil. Slike feil kan lede til ugyldighet om de har innvirket på vedtakets innhold, men det er ikke dermed gitt at de gir grunnlag for erstatning. Selv om slike feil er uaktsomme, kan kravet om årsakssammenheng avskjære erstatningsansvar. Det er ubestridt i saken her at OED i 2018/2019 *ønsket* en ny konsesjonsvurdering før en eventuell utbygging av Sandhaugen vindkraftverk. OEDs svar på Sandhaugens omgjøringsbegjæring 18. mars 2019 viser klart at OEDs standpunkt i saken ikke ble påvirket av de omfattende innspill som ble gitt om forhold som Sandhaugen mente var feil ved vedtakene og saksbehandlingen. Dermed må det også legges til grunn at det ikke foreligger årsakssammenheng mellom saksbehandlingsfeil og Sandhaugens tap, hvis OED *kunne* kommet til samme resultat uten saksbehandlingsfeil.

Det springende punkt synes derfor å være om OEDs vedtak lider av materiell kompetansemangel, altså at det ikke var adgang til å treffe vedtak med det innhold og de virkninger som vedtakene fikk. I så fall må det vurderes om eventuelle lovtolkningsfeil er unnskyldelige, eller om den konkrete rettsanvendelsen alt i alt har vært forsvarlig.

Retten vil i avsnitt 4.2 g 4.3 nedenfor vurdere OEDs to vedtak ut fra denne synsvinkelen. I avsnitt 4.4 følger den konkrete vurderingen av ansvarsgrunnlag. Deretter følger rettens vurdering av årsakssammenheng og økonomisk tap i avsnitt 4.5 og 4.6.

4.2 OEDs første vedtak, hvor NVEs avvisning av klagen ble omgjort

4.2.1 Fra omgjørings sak til klagesak

Dette vedtaket er datert 19. juni 2018. Saksbehandlingen som ledet frem til vedtaket startet med henvendelse til OED fra Risten Turi Aleksandersen og flere andre. Det er de samme personene som 12. desember 2017 klaget til NVE på konsesjonsvedtakene for Sandhaugen vindkraftverk i perioden 2011-2017, og de omtales her som klagerne. Klagerne sendte kopi av sin klage av 12. desember 2017 til departementet, og etterlyste svar.

Dette førte i første omgang til at OED henvendte seg til NVE og ba dem prioritere sin behandling av klagen. NVE avviste klagen 9. mars 2018, og det neste som skjedde var at OED 14. mars sendte brev til klagerne om at departementet oppfattet klagen som en anmodning om at konsesjonen til Sandhaugen vindkraftverk omgjøres:

I brevet anmodes det om at konsesjonen til Sandhaugen vindkraftverk omgjøres. Som grunnlag for anmodningen anføres mangler ved saksbehandlingen, og det reises spørsmål ved om det er adgang til å utsette fristen for idriftsettelse etter at tidligere fastsatt frist er utløpt. Tilsvarende anførsler er fremmet i forbindelse med klagebefaringen av endret adkomstvei til Raudfjell/Kvitfjell vindkraftverk.

Departementet kan omgjøre vedtak fattet i anledning Sandhaugen vindkraftverk dersom vedtakene må anses ugyldige, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Departementet har kommet til at det særlig er grunn til å vurdere følgende:

- Om det var adgang til å forlenge konsesjonen slik det følger av vedtaket av 20. februar 2011.
- Om vilkårene for å unnlate høring før vedtakene ble fattet var oppfylt, jf. energiloven § 2-1.
- Om kravene til forhåndsvarsling og underretting om vedtakene er oppfylt overfor Kvaløy reinbeitedistrikt og/eller Dorvvošnjárgga siida.

Dersom det er begått saksbehandlingsfeil, må departementet ta standpunkt til om feilene skal føre til ugyldig vedtak.

Departementet ba om merknader til omgjørings spørsmålet, og fikk det fra både konsesjonæren og klagerne.

Klagerne responderte ved brev av 27. mars 2018. I dette brevet vises det i overskriften både til OEDs omgjøringsvarsel av 14. mars, og til NVEs avvisningsvedtak av 9. mars. Klagerne takket OED for viljen til å «vurdere saksbehandlingen og om det er grunnlag for omgjøring vedrørende Sandhaugen vindkraftverk», og oversendte merknader. Det ble argumentert for at konsesjonen til Sandhaugen er ugyldig, med henvisning til manglende høringer og involvering av lokale interesser, feilaktig vurdering av at utvidelsene i konsesjonen ikke medfører endringer, endringer i formålet med konsesjonen, unnlatt konsekvensutredning, endringer i bruken av området siden 2002, konsekvenser for reindriften og flere andre forhold.

Under overskriften «Merknad til NVEs avvisning av klage» gis det uttrykk for forbauselse over avvisningen, og avgjørelsen kritiseres. Det kan diskuteres om det tilstrekkelig tydelig fremsettes et krav om at OED overprøver NVEs vedtak, men det er ikke avgjørende for rettens vurdering.

I mars 2018 så departementet på saken som en omgjørings sak, og den 3. april 2018 ga underdirektør Taksdal overfor Sandhaugen uttrykk for at saken OED behandlet «formelt sett ikke er en klage», men en omgjøringsanmodning. Han opplyste at klagen var avvist av NVE som for sent innkommet, og at han var «usikker på om avvisningen er påklaget». I juni hadde departementet imidlertid skiftet forvaltningsrettslig tilnærming til saken. Nå var det ikke lenger spørsmål om omgjøring etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c som følge av ugyldig vedtak. Nå vurderte departementet i stedet klagernes brev av 27. mars 2018 som en *klage på NVEs avvisningsvedtak* av 9. mars 2018. Det som var en omgjørings sak, var blitt til en klagesak. Det er et ubesvart spørsmål i saken hva som er grunnen til denne nye tilnærmingen og når departementet endret tilnærming, men det er ikke nødvendig å spekulere i dette. Departementet valgte å behandle saken som en klagesak, og loven har ulik regulering av forvaltningens kompetanse i klagesaker og omgjørings saker. Vedtakets gyldighet må vurderes ut fra det sporet departementet valgte. Staten har ikke påberopt at departementet – gitt at klagevedtakene er rettsstridige – ville benyttet alternative kompetansegrunnlag (for eksempel omgjøring etter § 35).

4.2.2 OEDs vurdering av vilkårene for å ta klagen til behandling

Departementet viser i vedtaket til at forvaltningslovens klagefrist er utløpt, også tre-månedersfristen i forvaltningsloven § 29 andre ledd. Deretter viser departementet til oppreisningsregelen i forvaltningsloven § 31. Bestemmelsen står sentralt i saken, og gjengis her:

Selv om klageren har oversittet klagefristen, kan klagen tas under behandling såfram

- a) parten eller hans fullmektig ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå, eller
- b) det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.

Ved vurderingen av om klagen bør tas opp til behandling, skal det også legges vekt på om endring av vedtaket kan medføre skade eller ulempe for andre.

Klagen kan ikke tas under behandling som klagesak dersom det er gått mer enn ett år siden vedtaket ble truffet.

Departementet konstaterer i vedtaket at Risten Turi Aleksandersen representerer Dorvvošnjárgga siida og er part i saken. Deretter formuleres problemstillingen som skal vurderes: «Spørsmålet blir etter dette om Aleksandersen ikke kan lastes for å ha oversittet fristen». Den nærmere vurderingen av dette er som følger:

Søknaden av 19. april 2017 om økt effekt og utsatt idriftsettelse ble ikke sendt på høring. NVE kom til at å unnlate høring var ubetenkelig, jf. energiloven § 2-1 femte ledd siste punktum. Etter forvaltningsloven § 16 skal parter også forhåndsvarsles om vedtak, men det er adgang til å unnlate forhåndsvarsling dersom vilkårene i § 16 tredje ledd er tilstede. Departementet konstaterer at det foreligger en eldre avtale mellom Norsk Miljøkraft og Kvaløy reinbeitedistrikt om utbygging av Sandhaugen vindkraftverk, men kan ikke se at NVEs vedtak inneholder en vurdering av om dette oppfyller vilkårene for å unnlate høring i denne konkrete saken.

Etter forvaltningsloven § 27 skal parter underrettes om vedtaket. Departementet konstaterer at NMK på NVEs anmodning, sendte vedtaket og opplysninger om klagefrister mv. til hhv grunneier og reindriften ved Per Kitty. Etter departementets vurdering oppfyller dette de krav som følger av § 27. Departementet understreker likevel at en underretning til reindriften ved Kitty ikke nødvendigvis avskjærer oppfriskning av klagefristen for Aleksandersen. Etter departementets vurdering tilsier de spesielle omstendighetene som knytter seg til Kvaløy reinbeitedistrikt, at det ikke kan legges Aleksandersen til last for ikke å ha skaffet seg kjennskap til vedtaket som ble oversendt Kitty.

I klagen på NVEs vedtak av 25. april 2017 er det anført at manglende høring og underretning er en mangel ved vedtaket. Departementet tar ikke stilling til de anførselene her, men konstaterer at Aleksandersen ikke hadde noen rimelig forutsetning for å kjenne til at vedtaket ble fattet, og derfor ikke kan lastes for å ha oversittet fristen.

Etter å ha konkludert med at Aleksandersen ikke kan lastes for å ha oversittet fristen, går departementet over til den skjønnsmessige vurderingen etter § 31 andre ledd av om klagen *bør* tas til behandling. Departementet vurderer her ulempene for konsesjonæren ved at vedtaket endres, men kommer til at disse ulempene ikke kan få avgjørende vekt. I neste avsnitt viser OED til forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav b, og konkluderer med at klagen på avvisningen tas til følge. Retten forstår vedtaket slik at departementet mente at vilkårene både i bokstav a og b var oppfylt.

Etter rettens syn er departementets drøftelse av vilkårene i forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav a utilstrekkelig, fordi vedtaket bare drøfter ett av to vilkår. Det er ikke nok å konkludere med at Aleksandersen ikke kan lastes for å ha oversittet fristen; det må også vurderes om hun kan lastes for å ha «drøyd med klage etterpå». På ett eller annet tidspunkt fikk Aleksandersen vite om vedtaket av 25. april 2017, og den 12. desember 2017 klaget hun. Men hvor lang tid gikk det fra hun fikk vite om vedtaket til hun klaget? Dette er ikke vurdert, og det er en mangel ved departementets begrunnelse. Begrunnelsen for at det foreligger «særlige grunner» etter bokstav b er også svært knapp. Feil ved begrunnelsen er imidlertid saksbehandlingsfeil, og – som nevnt over – ikke av stor interesse i saken her. Spørsmålet er om vilkårene var oppfylt, og om departementet hadde kompetanse til å ta klagen til behandling. Dette er spørsmål retten fullt ut kan prøve.

4.2.3 Kan Aleksandersen lastes for å ha oversittet klagefristen eller for å ha drøyd med klage etterpå?

Etter bevisførselen i saken er det sannsynlighetsovervekt for at Risten Turi Aleksandersen senest rundt 20. oktober 2017 ble kjent med at det var en egen konsesjon for Sandhaugen, og at hun kort tid etter – i slutten av oktober 2017 – ble klar over vedtaket fra NVE av 25. april 2017. I tillegg er det rettens syn at Aleksandersen – under enhver omstendighet – i slutten av oktober 2017 hadde både mulighet til, og klar oppfordring til, å skaffe seg informasjon om vedtaket.

Hun forklarte i retten at hun ble klar over at det var en egen konsesjon for Sandhaugen vindkraftverk da NVEs vedtak om flytting av anleggsveien for Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet kom. Dette vedtaket er datert den 20. oktober 2017, og omtaler Sandhaugen-prosjektet flere steder. På dette tidspunktet hadde hun fått NVE til å begynne å sende dokumenter til henne direkte, og hun var sterkt engasjert i saken om endret anleggsvei for Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet. Hun forklarte at hun i diskusjon med sin advokat var inne på at vedtaket om anleggsveien omtaler et tredje vindkraftanlegg, Sandhaugen, og at dette var noe de måtte «nøste i». Aleksandersen klaget på NVEs vedtak om endret anleggsvei den 2. november 2017.

På spørsmål om når hun fikk kjennskap til vedtaket av 25. april 2017, svarte hun at det var da hun begynte å be om dokumenter fra NVE. Hun sa at hun – etter å ha oppdaget at det var en egen konsesjon på Sandhaugen – sendte epost til NVE i slutten av oktober og ba om å få tilsendt søknad og tillatelser. Hun har altså forklart at hun ble kjent med vedtaket i slutten av oktober 2017. Rettens syn er derfor at det er sannsynlighetsovervekt for at Aleksandersen ble klar over vedtaket i slutten av oktober som følge av den henvendelsen hun gjorde til NVE – eller ved at hun selv fant vedtaket på NVEs nettsider da hun «nøstet i» saken.

For bruken av forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav a er det avgjørende spørsmålet da om Aleksandersen kan lastes for å ha «drøyd med klage» etter at hun ble kjent med vedtaket i slutten av oktober 2017.

Tidligere fulgte en streng treukersfrist uttrykkelig av loven, ved et krav om at «grunngitt krav om oppreisning må fremsettes innen 3 uker etter at det ble anledning til det».

Denne regelen er opphevet, men det må fortsatt være riktig å ta som utgangspunkt for en helhetsvurdering, at man normalt bør klage innen tre uker fra man får kjennskap til vedtaket. Retten viser i denne sammenheng til Arvid Frihagens kommentarutgave til forvaltningsloven (2. utgave 1986), bind II, side 677.

I denne saken har det gått minst halvannen måned – ca dobbelt så lang tid som lovens ordinære klagefrist – fra Aleksandersen ble klar over vedtaket i slutten av oktober til hun klagde 12. desember 2017. Det er ikke pekt på noen omstendigheter som tilsier at hun hadde behov for spesielt lang tid til å vurdere om hun skulle klage på vedtaket, og det er

ingen holdepunkter for at hun ikke var kjent med at det generelt gjelder en tre ukers klagefrist på forvaltningsvedtak. Fra høsten 2015 var hun bistått av advokat i saker som handlet om å ivareta siidaens interesser i relasjon til vindkraftplanene på Kvaløya. Hun klaget på NVEs vedtak om ny anleggsvei for Kvittfjell/Raudfjell-prosjektet 2. november 2017, innen klagefristen. At hun i denne perioden også diskuterte forekomsten av et tredje vindkraftprosjekt og behovet for å «nøste i» dette sammen med sin advokat, taler sterkt mot å anse det unnskyldelig å vente i rundt seks uker med å klage etter at hun ble kjent med vedtaket fra april 2017.

Rettens syn er derfor at det ikke var grunnlag for å ta klagen til behandling etter forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav a.

4.2.4 Var det av særlige grunner rimelig at klagen ble prøvd?

I tilfeller hvor klageren kan lastes for å ha somlet med å klage, er det likevel anledning til å ta klagen til behandling hvor det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd, jf. § 31 første ledd bokstav b. Det ligger i lovens krav til «særlige grunner» at terskelen er forholdsvis høy.

Det fremgår av OEDs vedtak av 18. juni 2018 at departementet mente dette vilkåret var oppfylt, men begrunnelsen er knapp og knyttes ikke direkte opp mot lovens vilkår:

Departementet viser for øvrig til at det i klagen av 12. desember 2017 er anført en rekke påstander om saksbehandlingsfeil i det samlede sakskomplekset om Sandhaugen vindkraftverk. Departementet finner at det både er i allmennhetens og forvaltningens interesse at påstandene gjennomgås i en klagesaksbehandling, jf. forvaltningsloven § 31 første ledd, bokstav b).

Etter rettens vurdering må referansen til «det samlede sakskomplekset om Sandhaugen vindkraftverk» forstås som en henvisning alle vedtakene fra 2011 til 2017. De konkrete «påstander om saksbehandlingsfeil» som departementet viser til, gjelder i all hovedsak andre vedtak enn NVEs vedtak av 25. april 2017. De konkrete feilene som tas opp i klagen, er:

- At NVE i 2011 forlenget en konsesjon som var «gått ut over 5 år tidligere» uten at det ble søkt om eller vedtatt utsatt frist for idriftsettelse.
- At antall turbiner har økt fra to til fire, selv om høringen i 2002 førte til reduksjon fra tre til to turbiner og innskrenkning av testfeltets areal.
- At NVE i 2015 ga konsesjon til effektøkning fra 9 til 15 MW, og i 2017 fra 15 til 16 MW, uten melding og konsekvensutredning.
- At formålet med anlegget er gått fra å være testing/utprøving og FoU til å være ren kommersiell produksjon.

- At det er gått mange år fra 2002 til 2011-2017, hvor lokale endringer ikke er vurdert eller konsekvensutredet. NVE har derfor ikke hatt grunnlag for å vurdere virkninger for omgivelsene og unnlate høringer.

Med unntak av økningen fra 15 til 16 MW, har alle disse forholdene blitt bestemt i andre vedtak enn det som ble påklaget; i vedtak som den 12. desember 2017 var mer enn ett år gamle.

Forvaltningsloven § 31 tredje ledd slår fast at en klage ikke kan tas til behandling dersom det er gått mer enn ett år siden vedtaket ble truffet. Denne fristen er absolutt og generell. Dette betyr at det uansett ikke var anledning til å gi oppreisning for oversittelse av klagefrist for vedtakene som ble fattet i 2011 og 2015, som det alt vesentlige av klagerens konkrete klagepunkter retter seg mot.

Departementet viser i sitt oppreisningsvedtak til at det er i allmennhetens og forvaltningens interesse at klagerens påstander om saksbehandlingsfeil gjennomgås i en klagesaksbehandling. Dette kan etter rettens syn ikke være en «særlig grunn» som gjør det rimelig å tillate oppreisning for oversittelse av klagefrist for 2017-vedaket. Å rette opp eventuelle feil begått i de tidligere vedtakene fra NVE lå utenfor rammen av OEDs kompetanse etter forvaltningsloven § 31. Det finnes et annet kompetansegrunnlag som gir mulighet til å rette opp feil gjort i eldre vedtak, nemlig de alminnelige omgjøringsreglene. Disse reglene forutsetter at de eldre vedtakene er ugyldige. Dette sporet ble imidlertid forlatt våren 2018.

Rettens vurdering er at departementets begrunnelse for å bruke § 31 første ledd bokstav b ikke er holdbar. Retten kan ikke se at staten har pekt på andre «særlige grunner» som gjelder 2017-vedtaket konkret, som gjør det rimelig å ta klagen til behandling.

De to endringene som gjøres i 2017-vedtaket handler for det første om en fristutsettelse som var i samsvar med fast og ensartet praksis, og for det andre en mindre utvidelse av effektinstallasjonen. NVE har vurdert at effektøkningen ikke medfører endrede virkninger for omgivelsene, og begrunnet hvorfor det etter direktoratets syn ikke var nødvendig med høring eller konsekvensutredning.

Retten kan ikke se at det var grunnlag for bruk av forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav b.

Konklusjonen er dermed at departementet ikke hadde kompetanse til å gi oppreisning for oversittelse av klagefrist. Når det ikke var anledning til å fatte oppreisningsvedtaket i juni 2018, forelå det heller ikke noen klagesak som kunne avgjøres i januar 2019.

4.3 OEDs andre vedtak, hvor klagen ble tatt til følge

4.3.1 Innledning

Det er strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til gyldigheten av dette vedtaket på selvstendig grunnlag, fordi retten har kommet til at OED ikke hadde kompetanse til å omgjøre avvisningen og ta klagesaken til behandling.

Det er likevel grunn til å kommentere hovedanførslene knyttet til dette vedtaket. Retten er enig med Sandhaugen i at vedtaket bygger på en uriktig rettslig forutsetning om hva som er konsekvensen av at en frist for bygging og idriftsettelse oversittes. Denne rettslige forutsetningen fremgår blant annet på side 5 i vedtaket, hvor det heter: «At en byggefrist er utløpt innebærer at konsesjonen må regnes som bortfalt». Dette premisset er en bærebjelke i vedtaket, og hvis rettsoppfatningen ikke er riktig, må vedtaket uten videre være ugyldig – uten at det er nødvendig å gå i detaljer om premissene i vedtaket for øvrig.

Spørsmålet om denne rettsoppfatningen er riktig er derfor sentralt. Det har etter rettens syn betydning for spørsmålet om ansvarsgrunnlag, jf. avsnitt 4.4 nedenfor. For øvrig kan det hevdes å være relevant for vurderingen som er foretatt ovenfor om kompetansen til å ta klagen til behandling: Hvis departementets rettsoppfatning var korrekt, ville det faktisk være mulig å rette opp eventuelle feil i vedtak fra 2011-2015 gjennom klagebehandling av 2017-vedtaket. Spørsmålet om det «av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd», kunne da muligens stått i et annet lys.

4.3.2 Konsesjonsvilkår om idriftsettelsesfrist: praksis

Energiloven gir hjemmel for at det i anleggskonsesjoner fastsettes vilkår om blant annet «påbegynnelse, bygging, utførelse, idriftsettelse, vedlikehold, drift og nedleggelse av det elektriske anlegget», jf. § 3-5 nr 2.

Slike konsesjonsvilkår stilles regelmessig i anleggskonsesjoner etter energiloven, og alltid i konsesjoner for vindkraftanlegg. I konsesjoner vedtatt de senere årene har frist for idriftsettelse som regel blitt satt tilsvarende utløpet av fristen for å få et kraftproduksjonsanlegg inkludert i elsertifikatmarkedet. Denne fristen var opprinnelig 31. desember 2020, men er senere forlenget til 31. desember 2021. Det fremgår av et brev fra NVE til aktører i vindkraftbransjen 27. november 2019, at NVE har hatt fast praksis for å gi forlengelse av idriftsettelsesfristen til 31. desember 2021. Vitnet Arne Olsen forklarte i retten at det aldri har skjedd at en søknad om forlenget idriftsettelsesfrist er blitt avslått av NVE. Det er heller ingen eksempler på at dette har skjedd i klagebehandling for OED, før Sandhaugen-saken.

Direktoratets brev fra november 2019 varsler imidlertid en endring av denne praksisen:

Når elsertifikatordningen avsluttes, er det imidlertid grunnlag for å avslutte praksisen med å gi forlengelse av idriftsettelsesfristen. Teknologitviking og

oppdatert kunnskapsgrunnlag om virkninger av vindkraft, jf. kunnskapsgrunnlaget i forslaget til nasjonal ramme for vindkraft, samt føringene i Stortingsmelding 25 (2015-2016) *Kraft til endring - Energipolitikken mot 2030*, tilsier også at fristene for idriftsettelse ikke bør forlenges ut over fristene i elsertifikatordningen. Dermed blir det også sammenfall mellom idriftsettelsesfristen og fristen for elsertifikater. NVE vil framover legge dette til grunn ved behandling av søknader om forlenget frist for idriftsettelse for landbasert vindkraft.

4.3.3 Brudd på konsesjonsvilkår – energilovens regulering

Bestemmelser om frist for bygging og idriftsettelse fastsettes som vilkår for konsesjon.

Energiloven § 10-3 regulerer overtredelse av vilkår og pålegg. Her fremgår i første ledd at det ved overtredelse av loven eller bestemmelser gitt i medhold av loven – som konsesjonsvilkår – kan fastsettes en *tvangsmulkt* som løper inntil forholdet er bragt i orden eller forfaller ved hver overtredelse. I fjerde ledd er det bestemt at hvis konsesjonæren overtrer energiloven eller bestemmelser eller pålegg gitt i medhold av loven, «kan konsesjonen trekkes tilbake».

I tillegg kan brudd på loven og bestemmelser fastsatt i medhold av loven føre til overtredelsesgebyr etter § 10-7 og straff etter § 10-5.

Verken tvangsmulkt eller tilbaketrekking av konsesjon vil inntreffe av seg selv ved brudd på loven eller konsesjonsvilkår. § 10-3 gir hjemmel for at det treffes *vedtak* om sanksjoner. Slike vedtak er enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og bruken av sanksjonskompetansen må skje innenfor alminnelige forvaltningsrettslige rammer. Dette innebærer blant annet at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak må følges, og at sanksjonen må være forholdsmessig.

Sanksjonsmiddelet tilbaketrekking av konsesjon kan være svært inngripende, og må i utgangspunktet forutsette *vesentlige* overtredelser, jf. Naas-Bibow og Martinsen, *Energiloven med kommentarer* (2011), side 275-276. Hvor inngripende det er å miste en konsesjon, kan variere mye. Det vil være stor forskjell på forholdsmessighetsvurderingen hvor det er snakk om å trekke tilbake en anleggskonsesjon for et vindkraftverk i tidlig planleggingsfase, sammenlignet med å trekke tilbake en anleggskonsesjon for et vindkraftverk som er ferdig bygget og satt i drift.

Etter det retten er kjent med, har sanksjonen ikke blitt benyttet i praksis.

Det er ingen bestemmelser i energiloven som gir uttrykk for at en konsesjon bortfaller *uten vedtak* ved overtredelse av loven eller konsesjonsvilkår. Det er én situasjon hvor det følger av loven at en konsesjon bortfaller uten videre, og det er når konsesjonstiden utløper. Det følger av § 2-2 andre ledd at konsesjoner etter energiloven «gis for et bestemt tidsrom av inntil 30 år regnet fra da konsesjonen ble gitt». Konsesjoner for vindkraftanlegg har derfor

bestemmelser om varighet. I Sandhaugen-konsesjonen av 23. februar 2011 er varigheten angitt slik i konsesjonsvilkår nr 1:

Konsesjonens varighet

Tillatelsen gjelder fra i dag og inntil 25 år fra det tidspunkt anlegget settes i drift, dog ikke utover 01.01.2037. NVE skal orienteres om dato for idriftsettelse av anlegget.

4.3.4 Er det grunnlag for å tolke konsesjonsvilkåret om idriftsettelsesfrist slik at konsesjonen bortfaller om vilkåret ikke oppfylles?

Ut fra en alminnelig «fra det mer til det mindre»-betraktning må konsesjonsmyndigheten ha stor frihet til å stille vilkår. Når man kan avslå en konsesjonssøknad, må man også stort sett kunne innvilge den på vilkår som står i saklig sammenheng med tillatelsen. Dette følger av alminnelig forvaltningsrett, og det er også inntatt en generell hjemmel for «ytterligere vilkår» i energiloven § 3-5 andre ledd.

Enkelte nyere konsesjoner inneholder et vilkår om at konsesjonen «bortfaller dersom fristen for ferdigstilling, bygging og idriftsettelse ikke overholdes». Konsesjonen for Kvitfjell vindkraftverk fra 2015 har et slikt vilkår, mens konsesjonene for Sandhaugen (2011) og Raudfjell (2012) ikke har det.

Staten har i denne saken anført at det ikke går noe grunnleggende skille mellom konsesjoner som har et slikt vilkår, og konsesjoner som ikke har det. At det eksplisitt fremgår av nyere konsesjoner at bortfall er konsekvensen av at idriftsettelsesvilkår ikke oppfylles, er ikke uttrykk for et «paradigmeskifte». Derimot er det – etter statens syn – en presisering av noe som også ellers følger av en tolkning av vilkår om idriftsettelsesfrist.

Retten er ikke enig med staten i denne tilnærmingen. Det er *forenlig* med en naturlig språklig forståelse av vilkåret at konsesjonen bortfaller om vilkåret ikke oppfylles, men det følger ikke med nødvendighet av det språklige innholdet at vilkårsbrudd har en slik rettsvirkning. Det er ikke ut fra det rent språklige innholdet i vilkåret *klart* eller *tydelig* at rettsvirkningen av brudd er konsesjonsbortfall. Det er for eksempel også forenlig med en naturlig språklig forståelse av vilkåret at brudd utløser lovens sanksjonssystem i § 10-3, altså at den som somler med utbygging risikerer en løpende tvangsmulkt til forholdet er bragt i orden, eller at en vesentlig forsinkelse – etter forhåndsvarsel – *kan* føre til vedtak om tilbaketrekking av konsesjon. Denne tolkningen er etter rettens syn mer nærliggende, av flere grunner.

For det første er det ingenting i lovens eksplisitte regulering av konsesjonsvilkår og brudd på konsesjonsvilkår som tilsier at brudd på én bestemt type vilkår skal ha den rettsvirkningen at konsesjonen bortfaller mange år før utløpet av konsesjonstiden. Det er heller ingen holdepunkter i energilovens forarbeider eller i tidligere forvaltningspraksis for en slik virkning. Og bortfall av konsesjon er en virkning som potensielt har stor økonomisk og praktisk betydning for konsesjonæren. Disse momentene tilsier at hvis

konsesjonsmyndigheten vil at en slik virkning skal følge av konsesjonsvilkårene, må virkningen fremgå med stor grad av tydelighet.

For det andre er det en rekke andre någjeldende og historiske konsesjonslover som hjemler vilkår om frist for utbygging og idriftsettelse, eller hvor slike frister følger direkte av loven. Etter det retten er kjent med har ingen av disse lovene – med ett unntak – vært praktisert eller forstått slik at konsesjoner bortfaller hvis idriftsettelsesvilkår ikke oppfylles. Unntaket er vannressursloven, hvor bortfall ved for sen utbygging følger direkte av lovens § 27:

Konsesjonen bortfaller hvis ikke arbeidet er satt i gang senest tre år etter at den ble gitt. Det samme gjelder hvis arbeidet deretter blir innstilt i mer enn to år. Vassdragsmyndigheten kan forlenge fristen én gang med inntil tre nye år.

Her er det altså valgt en annen lovregulering enn i energiloven og i andre konsesjonslover.

Den alminnelige konsesjonsloven av 1974 og någjeldende konsesjonslov av 2003 har helt tilsvarende regulering av vilkårsbrudd som energiloven. Tilsvarende regulering følger også av vannfallsrettighetsloven og vassdragsreguleringsloven fra 1917. Bestemmelsene har en lang historie. Vannfallsrettighetslovens bestemmelse om tvangsmulkt og tilbaketrekking av konsesjon er omtalt slik i forarbeider til en lovrevisjon på slutten av 1960-tallet (Ot.prp. nr. 69 for 1966-67):

Konsesjonslovkomitéen foreslår at det i det første tilfelle skal fastsettes tvangsmulkt, og at det i det annet tilfelle skal bestemmes at gjentatte eller fortsatte overtredelser av de viktigste, nærmere angitte konsesjonsbetingelser medfører at konsesjonen bortfaller.

Komitéen uttaler at den legger stor vekt på å få gjennomført slike ufravikelige regler om reaksjon ved mislighold av konsesjoner, idet det har vist seg at de deklarasjonelle regler i gjeldende lovs § 26 ikke har vært tilstrekkelige. Særlig gjelder dette for vannfallskonsesjonenes vedkommende. Man har i praksis ikke sjelden sett at konsesjonærer ikke har tatt det så nøye når det gjelder å overholde konsesjonsvilkår. Ikke minst gjelder dette fastsatte utbyggingsfrister. Bevisst trening har også forekommet. Skal konsesjonsloven svare til sin hensikt må vilkårene overholdes. Det er særlig viktig å sikre at fastsatte utbyggingsfrister for fremtiden overholdes bedre enn hittil.

Hovedstyret er enig i forslaget og uttaler at det ikke minst må sees i sammenheng med komitéens forslag om tilstramming av reglene om utbyggingsfrister og om at innløsningsbestemmelsene foreslås opphevet.

Departementet slutter seg til komitéens forslag. Departementet foreslår imidlertid en mindre endring i annet ledd, slik at konsesjonen ved grove overtredelser kan trekkes tilbake og ikke automatisk skal bortfalle, slik som komiteeforslaget går ut på.

Her fremgår at behovet for å følge opp konsesjonærer som bryter konsesjonsvilkår om frister for utbygging av energianlegg har vært en viktig del av den historiske lovgrunnen for sanksjonsbestemmelsene. Det er også verdt å merke seg synspunktet fra departementet

i siste avsnitt, om at konsesjonen ved grove overtredelser «kan trekkes tilbake og ikke automatisk skal bortfalle». Det viser at departementet den gangen var opptatt av å sikre at et eventuelt bortfall ikke skjedde uten en saksbehandling og et vedtak, slik at konkrete omstendigheter ville bli vurdert i den enkelte sak. Begge disse momentene taler med styrke mot å innfortolke bortfall av konsesjon som virkning av at en idriftsettelsesfrist oversittes.

Så langt er det rettens syn at de momenter og kilder som er gjennomgått taler tilsier at det ikke kan være holdbart å tolke et konsesjonsvilkår om idriftsettelse slik at brudd på vilkåret har rettsvirkningen bortfall av konsesjon.

Det finnes imidlertid holdepunkter i rettskildene for den tolkningen som staten nå gjør gjeldende. Departementets rettsoppfatning har kommet til uttrykk i Meld. St. 25 for 2015-2016 (Energimeldingen) på side 193, hvor det varsles innstramning av praksis for behandlingen av søknader om utsatt frist for idriftsettelse for vindkraftkonsesjoner:

Vindkraftkonsesjoner har tidligere blitt gitt med fem års frist for idriftsettelse av anlegget. Utbygger har mulighet for å søke om forlenget frist med ytterligere fem år av gangen. De siste årene har alle vindkraftkonsesjoner blitt gitt med varighet ut 2020. Etter at fristen for å få elsertifikater går ut, vil det finnes flere urealiserte prosjekter. Det koster lite å søke om fristforlengelse og å inneha en konsesjon. Det er derfor grunn til å tro at det vil komme flere søknader om utsatt frist når vi nærmer oss 2020.

Urealiserte vindkraftkonsesjoner båndlegger areal i kommunene. Det kan stå i veien for annen lønnsom samfunnsutvikling, og vil i en del tilfeller kunne bidra til at lokale konflikter opprettholdes. Dersom det har gått mange år, kan det også ha oppstått endrede forhold som gjør det nødvendig med nye eller oppdaterte utredninger og eventuelt ny konsesjonsbehandling. Det er derfor ønskelig å begrense videreføringen av konsesjoner som er gitt der det ikke er utsikter til å få realisert prosjektet innenfor en rimelig tidshorisont.

Disse avsnittene står under overskriften «Varigheten til gitte konsesjoner». Setningen om at alle vindkraftkonsesjoner de siste årene har blitt gitt «med varighet ut 2020» sikter ikke til konsesjonsvilkår om varighet i betydningen *konsesjonstid* etter energiloven § 2-2. Sammenhengen viser at man her snakker om konsesjoners varighet som synonymt med konsesjonens idriftsettelsesfrist etter § 3-5 nr 2. Det er naturlig å forstå det slik at departementet her – indirekte – uttrykker at brudd på en frist for utbygging og idriftsettelse medfører at konsesjonen uten videre bortfaller.

Energimeldingen ble behandlet av Stortinget, jf. Innst. 401 S (2015-2016), hvor Energi- og miljøkomiteen på side 25 slutter seg til departementets varslede praksisinnstramning:

Komiteen viser til at regjeringen ønsker å stramme inn praksis for behandling av søknader om utsatt frist for idriftsettelse for vindkraftkonsesjoner, ved å begrense videreføringen av konsesjoner som er gitt der det ikke er utsikter til å få realisert prosjektet innenfor en rimelig tidshorisont. Komiteen støtter dette, da urealiserte vindkraftkonsesjoner båndlegger areal i kommunene og derfor vil kunne bidra til at lokale konflikter opprettholdes.

Disse dokumentene er det også vist til i NVEs brev om praksisomleggingen til vindkraftkonsesjonærer og andre aktører i bransjen 27. november 2019. Deler av dette brevet er referert ovenfor. Av interesse for det som nå diskuteres, er følgende avsnitt:

Dersom anleggene ikke er bygget innen frist for idriftsettelse, kan ikke prosjektet realiseres. Det må søkes ny konsesjon med oppdaterte utredninger med utgangspunkt i dagens teknologi dersom prosjektet ønskes videreført.

Energimeldingen er, i relasjon til energilovens konsesjons- og kontrollbestemmelser, *etterfølgende lovgiversignaler*. Det er ikke lovforarbeider, og kan ikke få stor rettskildemessig vekt ved tolkningen av lovens bestemmelser. Videre kommer departementets rettsoppfatning om idriftsettelsesfrister bare frem indirekte, og uten drøftelse. Det er ikke sagt noe om lovens regulering av konsesjonsvilkår eller lovens system for sanksjoner ved brudd på konsesjonsvilkår. Derfor kan Energi- og miljøkomiteens støtte til det som er sagt om en praksisendring heller ikke ha nevneverdig rettskildemessig vekt som støtte for en bestemt tolkning av energiloven eller av konsesjonsvilkår om idriftsettelsesfrister.

Uttalelsen i NVEs brev til vindkraftbransjen fra november 2019 må ses på som en ren videreformidling av OEDs rettsoppfatning fra et underordnet forvaltningsorgan.

At OED i en del sammenhenger de senere årene – også til Stortinget – har gitt uttrykk for en bestemt rettsoppfatning, kan ikke være avgjørende for tolkningen av loven eller konsesjonsvilkår om idriftsettelse. De momentene som ligger i den andre vektsskålen må etter rettens syn veie tyngre: Departementets rettsoppfatning har ikke støtte i lovens ordlyd, lovens system for kontroll med overholdelse av konsesjonsvilkår eller lovens forarbeider. Sanksjonssystemet med tvangsmulkt og i alvorlige tilfeller tilbaketrekking av konsesjon som mulige konsekvenser ved brudd på konsesjonsvilkår er innbakt i de fleste konsesjonslovene, og behovet for å hindre konsesjonærer i å somle med utbygginger har vært en sentral del av lovgrunnen for sanksjonssystemet.

Rettens vurdering er at det *har* betydning for tolkningen av konsesjonsvilkår om idriftsettelsesfrist om det er sagt at manglende overholdelse av fristen fører til bortfall av konsesjonen eller ikke.

4.3.5 Betydningen av at det er søkt om utsettelse

Staten anførte i saken her at om bortfall av konsesjon ikke er en *automatisk* konsekvens av brudd på vilkår om idriftsettelsesfrist, må det i alle fall være slik at konsesjonen bortfaller når en konsesjonær *søker* om utsatt frist, og får avslag. Det ble blant annet vist til en NVE-veileder hvor det fremgår at «Dersom vindkraftverket ikkje blir sett i drift innan fristen må det sendast søknad til NVE om utsett idriftsetjing».

Med den tolkningen av loven og konsesjonsvilkåret som retten mener er mest nærliggende, jf. ovenfor, er det vanskelig å se at konsesjonæren rettslig sett bør være dårligere stilt om han har søkt før utløpet av fristen, enn om han har latt være å søke, og oversittet fristen i stillhet. Retten kan ikke se at konsesjonsmyndigheten gjennom en søknad om *endring* av et vilkår som ikke er brutt, kan få en annen og vesentlig utvidet kompetanse til å trekke tilbake en konsesjon enn den som følger av loven ved *brudd* på det samme vilkåret.

4.3.6 Var departementets rettsoppfatning avgjørende for vedtakets innhold?

Problemstillingen ovenfor om avslag på søknad om fristutsettelse, er forholdsvis frikoblet fra den virkeligheten konsesjonærer og konsesjonsmyndigheten har forholdt seg til. I praksis er situasjonen at det aldri har skjedd at en søknad om utsatt idriftsettelsesfrist ikke har blitt innvilget, bortsett fra i det omtvistede vedtaket i denne saken. Det har vært en fast og entydig praksis for at slike søknader ble innvilget. På vedtakstidspunktet ble fristen konsekvent satt til utløpet av elsertifikatmarkedet, med støtte i de signalene som er gitt i Energimeldingen, jf. referatet ovenfor fra NVEs brev om praksisomlegging i november 2019. Et slikt utløpstidspunkt (utgangen av 2020 eller 2021) ville vært mer enn tilstrekkelig for Sandhaugen, som hadde søkt om utsatt frist til sommeren 2020.

Det er helt overveiende sannsynlig at OED ville innvilget Sandhaugens søknad om fristutsettelse hvis departementet *ikke* hadde hatt den rettsoppfatningen at utløpt idriftsettelsesfrist er det samme som bortfalt konsesjon. Uten denne rettsoppfatningen kunne søknaden om fristforlengelse ikke blitt vurdert som et virkemiddel til å sørge for full ny vurdering av om prosjektet *bør* ha konsesjon. Spørsmålet om forlengelse av fristen måtte vært vurdert ut fra forvaltningspraksis og signalene i Energimeldingen og Innst S. 401 (2015-2016). I innstillingen heter det på side 25 at regjeringen ønsker å stramme inn praksis «ved å begrense videreføringen av konsesjoner som er gitt der det ikke er utsikter til å få realisert prosjektet innenfor en rimelig tidshorisont». Denne innstramningen støttet Energi- og miljøkomiteen. Det er på det rene at Sandhaugen-prosjektet på vedtakstidspunktet ikke var en slik urealisert konsesjon som det ikke var utsikter til å få realisert innen rimelig tid.

4.4 **Ansvarsgrunnlag**

Det er rettens vurdering at departementets vedtak av 18. januar 2019 bygger på en uriktig rettsoppfatning. Denne rettsoppfatningen er et sentralt premiss for vedtaket, som klart har hatt avgjørende betydning for vedtakets innhold.

Det er mulig det er upresist å karakterisere den uriktige rettsoppfatningen som uriktig *lovtolkning*, og at det er mer treffende å si at det er en uriktig tolkning av et standardvilkår for konsesjon. Det handler uansett om departementets generelle forståelse av konsesjonsmyndighetens kompetanse, og standarden for ansvar må være den som Høyesterett har oppstilt for forvaltningsvedtak basert på feil lovtolkning, jf. Frøybas-

dommen i HR-2019-2396-A. Spørsmålet er om departementets uriktige rettsoppfatning er *unnskyldelig*.

Etter rettens syn er det en rettsoppfatning som mangler støtte i sentrale rettskildefaktorer. Olje- og energidepartementet har hatt en helt sentral rolle i utformingen av energiloven, vannfallsrettighetsloven, vassdragsreguleringsloven og vannressursloven, og i praktiseringen av dette lovverket. OEDs rolle som regelprodusent og overordnet konsesjonsmyndighet, må innebære at marginen for unnskyldelig feiltolkning av egen kompetanse er meget liten. Den aktuelle feiltolkningen gjelder rekkevidden av konsesjonsmyndighetens kompetanse på et område som har stor økonomisk og praktisk betydning for konsesjonærene. Den kan derfor ikke være unnskyldelig.

Etter rettens syn er oppreisningsvedtaket av 19. juni 2018 også ansvarsbetingende, fordi den konkrete rettsanvendelsen i vedtaket ikke kan anses forsvarlig. Begrunnelsen etterlater reell tvil om alle lovens vilkår for oppreisning ble vurdert av departementet. Det ser ut til at departementet bygger på at forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav a kan brukes uten at det tas stilling til når klageren fikk nødvendig kunnskap om vedtaket og om hun deretter har «drøyd med klage». Det er vanskelig å se at dette kan være forsvarlig rettsanvendelse. Vurderingen av kompetansen etter forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav b er gjort i to setninger uten direkte vurdering av lovens vilkår, og det er sannsynlig at vurderingen er påvirket av den rettsoppfatningen som retten mener er uriktig.

Rettens vurdering er at de to vedtakene, samlet og hver for seg, innebærer rettsstridig og ansvarsbetingende myndighetsutøvelse.

4.5 Årsakssammenheng

4.5.1 Innledning

Problemstillingen nå er: Ville Sandhaugen vindkraftverk blitt realisert, om man tenker bort OEDs rettsstridige myndighetsutøvelse? Dette er for det første et spørsmål om Sandhaugen ville fått på plass alle nødvendige avtaler (avsnitt 4.5.2 nedenfor) innenfor et bestemt kommersielt tidsvindu. Lengden på det kommersielle tidsvinduet; med andre ord når Sandhaugen *senest* måtte inngå bindende avtaler om turbinleveranser og byggearbeider, behandles i avsnitt 4.5.3 nedenfor.

Videre er det spørsmål om selskapet innenfor dette tidsvinduet ville fått på plass resterende offentligrettslige tillatelser (avsnittene 4.5.4 til 4.5.6 nedenfor).

Retten tar utgangspunkt i at Sandhaugen vindkraftverk bare var kommersielt realiserbart for saksøker hvis prosjektet kunne realiseres samtidig med – eller «på halen av» Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet. Avtalen med Siemens forutsatte turbinlevering og -montering umiddelbart etter at de siste Kvitfjell/Raudfjell-turbinene var på plass. Opprinnelig plan var at dette skulle skje i 2019, men forsinkelser i Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet har ført til at de siste turbinene der kom opp litt inn i 2020. Det forelå altså et «kommersielt tidsvindu» som

Sandhaugen måtte rekke. Finansieringen var gitt på bakgrunn av de gunstige vilkårene som var fremforhandlet med Siemens, både med tanke på turbinpris og selgerkreditt.

Det er ubestridt i saken at Sandhaugen hadde alle nødvendige privatrettslige avtaler med grunn- og rettighetshavere for å sette opp vindturbinene.

4.5.2 Avtaleverk og finansiering

Det er dokumentert ferdigforhandlede avtaler om flere sentrale innsatsfaktorer:

- Fastprisavtale med Consto Anlegg Nord AS om byggearbeider som er nødvendige for Siemens' turbinleveranse (servicebygg, adkomstveier, oppstillingsplasser, turbinfundamenter, anleggselektro, tomteopparbeidelse, vann- og avløpsarbeider mv).
- Drifts- og vedlikeholdsavtale med Siemens, med faste priser pr turbin pr år.
- En «Management Services Agreement» med TrønderEnergi Kraft AS, hvor TrønderEnergi Kraft påtar seg kommersiell daglig drift av vindkraftverket, håndtering av kraftsalg og administrasjon, for et fast årlig beløp.
- En avtale med TrønderEnergi Kraft AS om salg av opprinnelsesgarantier og elsertifikater.

I tillegg fikk selskapet 18. desember 2018 et bindende finansieringstilsagn fra Sparebank 1 Nord-Norge AS for inntil 120 millioner kroner i byggelån og serielån.

Sandhaugen hadde ikke avtale om nettilknytning, som er en helt sentral avtale for realisering av prosjektet. Selskapet hadde imidlertid møte med Troms Kraft Nett AS den 5. oktober 2018 for å avklare spørsmål om nettilknytning og kostnader for innmating av kraft i nettet. Det fremgår av møtereferatet at det var kapasitet i nettet for tilknytning av vindkraftverket. Videre fremgår det at partene hadde gjort beregninger og hatt dialog om nivået på innmatingskostnadene, og retten forstår det slik at det samme kostnadsnivået er brukt av Sandhaugen og selskapets sakkyndige vitne i beregningene av økonomisk tap.

Endelig hadde Sandhaugen et bindende fastpristilbud fra Siemens fra juni 2017 på levering og montering av fire vindturbiner av samme type som skulle leveres på Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet, med kapasitet pr turbin på 4,2 MW. Tilbudet ble justert i etterfølgende epostkorrespondanse høsten 2017 mellom Siemens og Sandhaugen ved styreleder Birger Sørensen og styremedlem Aslak Aslaksen, blant annet slik at det ble innvilget selgerkreditt på 85 % av kjøpesummen. Retten legger til grunn, basert på parts- og vitneforklaringene, at det var enighet om at selgerkreditten varte i ett år fra idriftsettelse av kraftverket. Pristilbudet forutsatte opprinnelig levering i 2019, og var formelt sett ikke lenger bindende på det tidspunktet prosjektet ble stoppet gjennom OEDs andre vedtak. Det er imidlertid

sannsynliggjort gjennom forklaringene til Birger Sørensen og Aslak Aslaksen, at Siemens var villig til å forlenge tilbudet, så lenge bestilling ble gjort i tide til leveranser på «halen» av Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet.

Samlet sett vurderer retten det slik at arbeidet med avtaleverk for realiseringen av vindkraftanlegget var kommet så langt at det er sannsynlighetsovervekt for at prosjektet var kommersielt realiserbart for Sandhaugen frem til det ble stoppet av OED.

4.5.3 Men hvor lenge var tidsvinduet åpent?

Ut fra forklaringene til Sørensen og Aslaksen, er det sannsynliggjort at man fortsatt hadde noe tid igjen da OEDs vedtak kom, og at man kunne ventet med å bestille turbinene et stykke ut i 2019. Retten fikk imidlertid ikke gjennom parts- og vitneforklaringene noe klart svar på *hvor lenge* det kommersielle tidsvinduet faktisk ville være åpent. Dette må retten ta stilling til for å vurdere om det er årsakssammenheng mellom OEDs myndighetsutøvelse og et økonomisk tap for Sandhaugen.

I september 2018 var det estimert at de siste turbinene på Kvitfjell skulle leveres i september 2019. Den 2. november 2018 skrev Aslaksen til OED at det var «hastverk ift. realisering», og at det er «lange bestillingstider ift. deler av infrastruktur/turbiner og vi tør nå ikke inngå bindende avtaler før vi har fått avklaring». Den 17. desember 2018 fulgte Aslaksen opp med en ny epost til OED hvor han gjør departementet «oppmerksom på at prosjektet er i en svært alvorlig situasjon da vi ikke kan foreta bestillinger av infrastruktur og turbiner som planlagt». Det heter videre:

Manglende avklaring av konsesjonen og påfølgende MTA medfører at prosjektet nå står i fare for ikke å la seg realisere. Vi ber derfor innstendig om at OED prioriterer hurtig behandling av saken slik at NVEs behandling av MTA kan starte.

En måned senere kom OEDs vedtak. Sandhaugen sendte 13. februar 2019 en hastebegjæring om omgjøring av departementets vedtak. Det fremgår av begjæringen at selskapet *fremdeles* mente at det var håp om å få realisert prosjektet, hvis OED raskt avklarte at vindkraftverket fortsatt kunne bygges. Situasjonen beskrives som «prekær med hensyn til å få avklart situasjonen». Selskapet ba om møte med departementet, og ba om svar innen to uker, det vil si rundt månedskiftet februar/mars 2019. Hvis selskapet hadde fått ønsket avklaring innen to uker, kunne NVE på det tidspunktet startet behandlingen av MTA-planen som selskapet sendte inn 13. juli 2018. Retten antar ut fra Aslaksens eposter til OED i november og desember at det ikke var aktuelt å bestille turbiner før MTA-planen var godkjent. Sandhaugen har fremlagt utskrift fra NVEs hjemmesider som viser at saksbehandlingstiden for MTA-plan kunne være inntil tre måneder, og lengre på vinterstid på grunn av behov for befaringspår på barmark. Retten antar at Sandhaugen ved innsending av omgjøringsbegjæringen 13. februar 2019 la til grunn et «best case scenario» for saksbehandlingstid, fordi man i begjæringen gir uttrykk for at det kanskje allerede er for sent, men at prosjektet *kan* la seg realisere ved rask avklaring fra OED.

Retten vil på denne bakgrunn bygge på at det kommersielle tidsvinduet i alle fall ikke var åpent lengre enn til mai/juni 2019. Innen denne tid måtte turbiner og byggearbeider senest bestilles, og innen den tid måtte da også alle nødvendige offentligrettslige tillatelser være på plass.

4.5.4 Sandhaugens utbyggingsplan sammenholdt med arealplan- og konsesjonsstatus

Kartet nedenfor var inntatt i Sandhaugens søknad til kommunen om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel, og illustrerer situasjonen godt. Den blå femkanten er det området NVE hadde gitt konsesjon for. Konsesjonsområdet ligger delvis i et område som i kommuneplanen var avsatt til vindkraft (rødbrunt) og delvis i et LNFR-område (lysegrønt). Planlagt turbinplassering viser at én turbin både er innenfor konsesjonsområdet og kommuneplanens vindkraftområde, én turbin er mer eller mindre innenfor kommuneplanens vindkraftområde men utenfor konsesjonsområdet, og to turbiner er utenfor både konsesjonsområdet og kommuneplanens vindkraftområde. Den ene av de to sistnevnte er for øvrig i direkte konflikt med et reingjerde satt opp av Dorvvošnjárgga siida.



Nedkopiert versjon av vedlegg 1, kartskisse som viser samlet festegrunn (tynn rød stiplede linje) og område for dispensasjon fra KPA (tykk rød stiplede linje)

4.5.5 Resterende tillatelser etter energiloven

Som nevnt i avsnitt 1.6 ovenfor, manglet det flere tillatelser eller godkjenninger etter energiloven. For det første hadde selskapet søkt om tillatelse til å øke installert effekt fra 16 til 16,8 MW. Dette er utvilsomt en konsesjonsendring. I tillegg hadde selskapet søkt om godkjenning av detaljplan og MTA-plan. I denne planen lå det flere endringer som etter rettens syn var konsesjonspliktige, og som ikke kunne godkjennes av NVEs Miljøtilsynsavdeling gjennom godkjenning av MTA-/detaljplan.

Sandhaugens anleggskonsesjon fra 23. februar 2011 gir tillatelse til «Tre stk. vindturbiner med en samlet installert effekt på inntil 9 MW». Det ble senere gitt tillatelse til å utvide effektinstallasjonen til 15 og 16 MW, og det er nok forutsatt i disse konsesjonsendringene at vindkraftparken skulle ha fire turbiner. NVE har også i brev til konsesjonæren gitt uttrykk for at det innenfor konsesjonsarealet «kan installeres inntil 4 turbiner», og gitt signaler som kunne tyde på at endelig avklaring/godkjenning av 4 turbiner kunne gjøres gjennom godkjenning av detaljplan. NVEs seksjonssjef Arne Olsen ga imidlertid i sin forklaring under hovedforhandlingen tydelig uttrykk for at godkjenning av 4 turbiner måtte skje i konsesjonsavdelingen, som en konsesjonsendring – fordi konsesjonen eksplisitt er begrenset til tre turbiner. At en fjerde turbin krever konsesjonsendring fremgår også uttrykkelig av NVEs brev til OED 22. november 2018. Retten legger dette til grunn.

Videre har Sandhaugen i sin detaljplan plassert tre av de fire turbinene utenfor konsesjonsområdet, jf. kartskissen ovenfor. Sandhaugen mente at dette likevel var detaljplan-spørsmål, fordi konsesjonen spesifiserer at anleggene «i det vesentlige» skal være som på kartet vedlagt konsesjonen. Vitnet Arne Olsen var i retten klar på at den ønskede turbinplasseringen ikke kunne godkjennes gjennom detaljplan; den ville kreve konsesjonsendring.

Øvrige endringer som Sandhaugen har inntatt i sin detalj- og MTA-plan, er detalj- og MTA-spørsmål. Ut fra forklaringen til vitnene fra NVE, legger retten til grunn at et vindkraftprosjekt aldri har blitt stoppet på grunn av at en detalj- eller MTA-plan ikke har blitt godkjent. NVEs behandling av slike planer handler ikke om *hvorvidt* anlegget skal bygges, men om *hvordan* det skal utføres i de praktiske detaljer.

Spørsmålet for retten er nå *om* konsesjonsendringene ville blitt innvilget, og *hvor lang tid* det ville ta å behandle konsesjonsendringene og MTA-/detaljplan. Tidsbruken må regnes fra juli/august 2018, da Sandhaugen sendte inn søknad om konsesjonsendring og godkjenning av MTA-/detaljplan.

Ut fra Arne Olsens vitneforklaring og NVEs tidligere brev til konsesjonæren er det rettens vurdering sannsynlig at NVE ville gitt konsesjon for fire turbiner. Det er også sannsynlig at NVE ville gitt konsesjon for økt effektinstallasjon fra 16 til 16,8 MW, fordi endringen bare skyldes en software-oppgradering. Dette må bety at den ikke gir økt negativ påvirkning på omgivelsene fra turbinene, samtidig som det trolig ville bli vurdert som samfunnsmessig gunstig at anlegget kan produsere noe mer kraft.

Det er ikke like klart at NVE ville gitt tillatelse til utvidelse av konsesjonsområdet sammenlignet med det opprinnelige konsesjonsvedtaket. Vitnet Arne Olsen forklarte i retten at NVE i den senere tid har hatt en strammere praksis på utvidelser av konsesjonsområdet for vindkraftanlegg. Man vil gjerne ha anlegget innenfor opprinnelig konsesjonsområde, også fordi det ellers ofte blir behov for dispensasjon fra arealplaner etter plan- og bygningsloven. Han forklarte at slike dispensasjoner nå ofte sitter langt inne, fordi mange kommuner har snudd i tiden mellom opprinnelig konsesjonsbehandling og tiden for sluttbehandling av detaljplaner.

Olsen forklarte også at det i denne saken ville blitt gjennomført en bred behandling av MTA-/detaljplan og konsesjonsendringer, med høring og innhenting av nytt kunnskapsgrunnlag.

Retten vurderer at det er usikkert om NVE ville gitt konsesjonsendring for plassering av turbiner utenfor det opprinnelige planområdet. Det ville i alle fall vært en forholdsvis omfattende prosess for å få dette på plass, og prosessen ville tatt minst et halvt år. Begge vitnene fra NVE ga uttrykk for at konsesjonsavdelingen og miljøtilsynsavdelingen ville gjøre en felles, koordinert behandling av endringene, og at det ville bli fattet vedtak om konsesjonsendringer og godkjenning av miljø- og transportplan samtidig. Vitnet Leirset ga uttrykk for at saksbehandlingstiden generelt kunne være fra tre måneder og opp mot åtte måneder i de mest konfliktfylte sakene. Arne Olsen ga uttrykk for at NVE i denne saken ville klart å gjennomføre prosessen og fatte vedtak på et halvt år.

Det er dokumentert at det var forholdsvis kraftig lokal motstand mot Sandhaugen-utbyggingen i 2018/2019. Det hadde skjedd endringer i reindriften, og Dorvvošnjárgga siida var en ny aktør som var sterkt imot hele Sandhaugen-prosjektet. Både Sametinget og Fylkesmannen i Troms var kritiske til prosjektet, jf. nærmere i avsnittet nedenfor om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

Det er etter retten syn sannsynlig at NVEs saksbehandling ville være ferdig før turbiner måtte bestilles, senest omkring januar/februar 2019. Retten er imidlertid enig med staten i at det må legges til grunn at alle konsesjonsendringer NVE måtte vedta, ville bli påklaget til OED. Kanskje ville også detaljplan/MTA-godkjenning bli påklaget, men retten antar at klagesaksbehandling av disse spørsmålene ikke ville hindret Sandhaugen i å inngå bindende avtaler om turbinleveranse og byggearbeider. Det er imidlertid ikke sannsynlig at Sandhaugen ville tatt risikoen med å bestille turbiner og byggearbeider mens det forelå en pågående klagesak om *antall* turbiner og om størrelsen på konsesjonsområdet. Risikoen her må ses i sammenheng med behovet for dispensasjon etter plan- og bygningsloven, jf. nedenfor.

Det er vanskelig å anslå tiden for klagebehandling, men etter retten vurdering er det sannsynlig at både NVE og OED ville prioritert klagebehandlingen fordi man i dialog med konsesjonær ville vært oppmerksom på at tiden var en kritisk faktor for realisering av

prosjektet. Retten legger derfor til grunn, under en viss tvil, at vedtak i klagesak sannsynligvis også ville foreligge i tide til å rekke det kommersielle tidsvinduet, altså innen mai/juni 2019.

Etter rettens syn er det betydelig usikkerhet om utfallet av klagesaken. Sandhaugen har bevisbyrden for kravet sitt, og må sannsynliggjøre at selskapet ville fått innvilget utvidelse av konsesjonsområdet. Den behandlingen departementet faktisk *har* gjort av Sandhaugen-saken, viser at departementet var svært kritisk til NVEs behandling av prosjektet fra 2011 og fremover, blant annet grunnet manglende høringer og mangelfulle vurderinger av behovet for konsekvensutredning. Departementet hadde også et helt annet syn enn NVE på betydningen av at Sandhaugen-prosjektet var gått fra å være et testsenter for turbiner i arktisk klima, til å bli et mer ordinært produksjonsanlegg. Videre tyder departementets vedtak i saken på at OED var mer lydhør for reindriftsnæringens interesser – eller spesifikt Dorvvošnjárgga siidas interesser – enn det NVE hadde vært. Det har også betydning at den høringen som ble gjennomført i 2002, faktisk førte til en vesentlig reduksjon av arealet som ble satt av til testfelt for vindturbiner sammenlignet med søknaden. Dette taler isolert sett mot at OED i klagerunden nå, ville akseptert en betydelig utvidelse av konsesjonsområdet. Retten viser også til at konsesjonsbehandlingen av nabokraftverket Raudfjell, førte til en vesentlig reduksjon av konsesjonsområdet for dette prosjektet, og en vesentlig reduksjon av effektinstallasjon og dermed antall vindturbiner. Endringene skjedde for å redusere virkningene for reindrift, landskap og bebyggelse.

Det er rettens vurdering at Sandhaugen ikke har klart å sannsynliggjøre at OED i klagesaken ville godtatt utvidelse av konsesjonsområdet.

Det er ikke nødvendig å ta stilling til om OED ville godkjent endringen fra tre til fire turbiner, jf. nedenfor.

4.5.6 Kommunal godkjenning etter plan- og bygningsloven

Om lag en tredjedel av konsesjonsområdet til Sandhaugen ligger i et område som i kommuneplanens arealdel er avsatt til landbruk, natur, friluft- og reindriftsformål (LNFR), jf. kartskissen inntatt i avsnitt 4.5.4 ovenfor.

Sandhaugen søkte om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel samtidig med at man sendte MTA-/detaljplan til NVE, den 13. juli 2018.

Tromsø kommune sendte søknaden på høring 27. juli 2018, og skrev i høringsbrevet at behovet for dispensasjon skyldes en inkurie i tidligere planbehandling i kommunen. Intensjonen hadde vært at hele konsesjonsområdet skulle være omfattet av arealdelens vindkraft-område, men på grunn av en feil hadde det ikke blitt slik. Kommunen ga derfor uttrykk for:

Realiteten i saken – utbygging eller ikke utbygging – må sies å være avklart gjennom at det er gitt konsesjon.

Tromsø kommune anser det etter dette ikke å være et behov for noen omfattende ny prosess knyttet til foreliggende søknad om dispensasjon, men anser det likevel påkrevd at det gjennomføres høring i tråd med gjeldende saksbehandlingsregler og hensynet til å få saken best mulig opplyst.

Det kom flere høringsuttalelser som bar bud om at dispensasjonssaken ikke var så rett frem som kommunen først antok. Sametinget var svært kritisk, og avsluttet sin høringsuttalelse av 5. september 2018 med å skrive at «Sametinget fraråder derfor Tromsø kommune på det sterkeste om å gi dispensasjon», og med et ubetinget varsel om at et eventuelt dispensasjonsvedtak ville bli påklaget. Fylkesmannen i Troms var like kritisk, og avsluttet sin høringsuttalelse 17. august 2018 slik:

Fylkesmannen vil med bakgrunn i usikkerhet rundt distriktets tålegrense anbefale at dispensasjonssøknaden ikke innvilges, og vi varsler allerede nå at Fylkesmannen vil vurdere å påklage et vedtak om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og delingssamtykke for anleggelse av Sandhaugen vindkraftverk på LNFR området. Før endelig vedtak må som nevnt ovenfor kommunen vurdere hvilke konsekvenser evt. dispensasjon vil har for reindriften i Kvaløya reinbeitedistrikt. Dette må skje i samarbeid med distriktet/siidaen og med konsultasjoner mellom utbygger og Kvaløya reinbeitedistrikt/ Dorvvošnjárgga siida.

I denne sammenhengen er imidlertid det viktigste innspillet det som kom i NVEs høringsuttalelse den 9. august 2018. NVE gjør for det første oppmerksom på at de nå har en klagesak til behandling, etter OEDs oppreisningsvedtak 19. juni 2018. Denne komplikasjonen ser retten i denne sammenheng bort fra; nå vurderes hva som sannsynligvis ville skjedd om OEDs faktiske myndighetsutøvelse i saken tenkes borte. Det er imidlertid sentralt for saken at NVE *korrigerer* kommunens opprinnelige antagelse om at behovet for dispensasjon bare skyldes at kommunen i tidligere planbehandling glemte å inkludere hele konsesjonsområdet i arealplanens vindkraftområde. Det var ikke slik, fordi Sandhaugen bare hadde tenkt å plassere én av fire turbiner innenfor det opprinnelige konsesjonsområdet. NVE viser til at det ennå ikke er avklart om det skal være tre eller fire turbiner, og hvor de skal stå, og at disse spørsmålene ville bli vurdert i forbindelse med godkjenning av detaljplan. Videre heter det:

Dette innebærer at endelig layout for testfeltet ikke er godkjent, og det foreligger per dags dato ikke et oppdatert og godkjent kart som viser vindkraftverkets yttergrenser. Dette vil først foreligge når detaljplanen for vindkraftverket ev. er godkjent. Etter NVEs vurdering bør et slikt kart ligge til grunn for en søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

NVE anbefalte derfor kommunen å avvente behandling av dispensasjonssaken til OED hadde avgjort klagesaken og til søknad om detaljplan/MTA var avklart.

Etter disse innspillene konkluderte kommunen med at man ville avvente behandlingen av dispensasjonssaken, jf. brev fra kommunen 31. august 2018:

Det fremkommer av forvaltningsloven § 17 at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt mulig opplyst som mulig før vedtak treffes. Høringsrunden har avklart at det per nå er flere uavklarte forhold vedrørende konsesjonen dispensasjonssøknaden bygger på, herunder en pågående klagesak og endelig fastsettelse av vindkraftverkets yttergrenser. Saken kan på bakgrunn av dette ikke sies å være godt nok opplyst til at kommunen kan avgjøre foreliggende dispensasjonssøknad.

Tromsø kommune vil på bakgrunn av ovenstående avvente å treffe vedtak i dispensasjonssaken inntil de nødvendige godkjenninger for tiltaket foreligger fra NVE. Dette medfører også at eventuelle klager på vedtak truffet av NVE vedrørende Sandh[a]ugen vindkraftverk må være avgjort før kommunen avgjør dispensasjonssøknaden.

Den uklarheten om kraftverkets yttergrenser som her er en av flere årsaker til at kommunen foreløpig vil vente med å ta stilling til søknaden, skyldes ikke OEDs saksbehandling. Uklarheten skyldes at Sandhaugen sommeren 2018 la opp til en vesentlig annerledes layout for kraftverket sitt enn det som tidligere hadde blitt godkjent av NVE.

Etter rettens vurdering er det usikkert hva som ville blitt det endelige utfallet av dispensasjonssaken. Det er imidlertid mest sannsynlig at kommunen uansett ville avvettet behandlingen av søknaden til etter at alle konsesjonsendringer var avgjort av NVE og OED. Retten har ovenfor kommet til at dette – under en viss tvil – sannsynligvis ville skjedd innenfor det kommersielle tidsvinduet Sandhaugen måtte forholde seg til, med meget knapp margin. Det er imidlertid ikke sannsynliggjort at det etter dette ville vært tid til å vente på behandling av en kommunal dispensasjonssøknad med påfølgende klager fra Sametinget og eventuelt Fylkesmannen.

4.5.7 Oppsummering

Etter rettens vurdering er det ikke sannsynliggjort at Sandhaugen, om OEDs rettsstridige myndighetsutøvelse tenkes bort, ville fått endelig godkjennelse for utvidet konsesjonsområde fra OED, jf. avsnitt 4.5.5 ovenfor.

Videre er det ikke sannsynliggjort at Sandhaugen etter NVE og OEDs behandling av konsesjonsendringer, ville hatt tid til å vente på en endelig avklaring av søknaden om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

Basert på parts- og vitneforklaringer under hovedforhandlingen, er det rettens vurdering at Sandhaugen i denne alternative virkeligheten, ville trukket dispensasjonssøknaden og gått videre med et nedskalert Sandhaugen vindkraftverk. Man ville sannsynligvis bestilt tre turbiner og satt dem opp innenfor den delen av det eksisterende konsesjonsområdet som er avsatt til vindkraft i kommuneplanens arealdel. Jonny Sørensen ga i sin forklaring uttrykk for at selskapet hadde vurdert forskjellige scenarier med hensyn til plassering av turbinene.

Den omsøkte plasseringen var optimal, fordi den ikke ville gi noe *interntap*, det vil si tapt produksjonsvolum som følge av at turbinene står for nær hverandre. Fire turbiner innenfor det opprinnelige konsesjonsområdet ville gitt et interntap på 8-10 %. Videre forklarte Sørensen at om selskapet verken fikk utvidet konsesjonsområde eller dispensasjon fra kommuneplanens arealdel, kunne og ville Sandhaugen realisert *tre* turbiner. Man ville da ha et interntap på anslagsvis 5-8 %.

Rettens konklusjon er at det er årsakssammenheng mellom OEDs rettsstridige myndighetsutøvelse og det tapet Sandhaugen har lidt ved ikke å kunne bygge et nedskalert vindkraftverk med 3 turbiner à 4,2 MW og et interntap på 5-8 %.

4.6 Størrelsen på det økonomiske tapet

4.6.1 Sandhaugens finansmodell og de to sakkyndige vitnenes vurderinger

Sandhaugen har presentert en finansmodell som er brukt i forbindelse med finansiering av prosjektet. Finansmodellen beregner prosjektets netto nåverdi under et sett med forutsetninger. Sandhaugens anførsel er at selskapets tap ved ikke å få bygge kraftverket, er lik prosjektets netto nåverdi.

I saksforberedelsen og i innledningsforedraget for tingretten, ga Sandhaugen uttrykk for at tapet, basert på finansmodellen, er ca 214 millioner kroner. En helt sentral variabel for beregning av nåverdien i prosjektet, er hvilke kraftpriser man antar at en kraftprodusent kan oppnå i fremtiden. Dette er det stor usikkerhet om, og i selskapets finansmodell er det fire forskjellige kraftprisscenarier. Beregningen som gir en nåverdi på 214 millioner kroner tar utgangspunkt i en kraftprisbane estimert av det uavhengige analysemiljøet Pöyry i 2017. Velger man i stedet å basere beregningen på ferskere prognoser gjort av Pöyry i 2019, får man en netto nåverdi på ca 137 millioner kroner.

Både staten og Sandhaugen har engasjerte sakkyndige vitner for å belyse tapsberegningen nærmere. Begge vitnene var kritiske til bruken av «gamle» kraftprisprognoser. Retten legger ut fra vitneforklaringene til grunn at Pöyrys kraftprisbane fra 2019 og kraftprisbanen fra Wattsight (tidligere Markedskraft) i desember 2019 er de beste estimatene.

Begge de sakkyndige vitnene var også kritiske til flere av de forutsetningene Sandhaugen har gjort i sin finansmodell. Statens sakkyndige vitne, Jostein Skaar, fant seks konkrete forutsetninger som han mente var feil i finansmodellen, og presenterte en beregning hvor det var korrigert for disse. Dette handlet blant annet om at det var lagt til grunn fire turbiner selv om det bare var gitt konsesjon for tre, og at Sandhaugen hadde estimert et produksjonsvolum som var 15,2 % høyere enn det produksjonsvolumet Siemens hadde garantert. Når han korrigerte for disse faktorene, kom han til en nåverdi på 63 millioner kroner i stedet for 137 millioner kroner (med Pöyry 2019-priser). For øvrig pekte Skaar på det han mente var en feil i den grunnleggende tilnærmingen: Sandhaugen har krevd erstatning for hele prosjektets nåverdi, mens det riktige vil være å kreve erstatning for

differansen mellom prosjektverdien og det Sandhaugen ellers ville hatt av avkastning på samme egenkapital gjennom en risikofri investering.

På denne bakgrunn – og fordi han mente det var stor usikkerhet om fremtidige kraftpriser og hva som er riktig størrelse på avkastningskravet – ville han estimere Sandhaugens tap til et sted mellom 50 millioner og minus 50 millioner kroner.

Sandhaugens sakkyndige vitne, Halvor Grov, tok på sin side utgangspunkt i at det er riktig å sette tapet likt med prosjektets nåverdi. Bakgrunnen er, etter det retten forstår, at selskapet hadde svært lite fri egenkapital som kunne benyttes til en slik alternativ investering. Selskapets egenkapital var bundet opp i Sandhaugen-prosjektet gjennom allerede foretatte investeringer på flere millioner kroner i vei og annen infrastruktur. Utbyggingen var på det nærmeste fullfinansiert. Det var spesielle omstendigheter som gjør at det ikke er riktig å sammenligne med en alternativ risikofri investering; både de nedlåste, allerede foretatte infrastrukturinvesteringene og at NMK i sluttforhandlingene om salg av Kvitfjell og Raudfjell-prosjektene reduserte salgsprisen med tre millioner euro mot fordelaktige betingelser i Sandhaugen-prosjektet – blant annet ett års rentefri selgerkreditt på 85 % av turbinkostnaden og spesielt gunstige turbinpriser.

Retten legger Sandhaugens tilnærming til grunn på dette punktet, og antar at det økonomiske tapet reelt sett tilsvarer prosjektets verdi.

Sandhaugens sakkyndige vitne har ikke basert seg på selskapets finansmodell. I stedet for å justere og korrigere på selskapets egen verdiberegning, har Grov foretatt en selvstendig verdivurdering av Sandhaugen-prosjektet. Han har basert sin verdivurdering på neddiskonterte kontantstrømmer i ulike scenarier, supplert med verdivurdering basert på transaksjonsmultipler i observerte europeiske vindkrafttransaksjoner. Hans konklusjon er at prosjektets verdi er 67 millioner kroner. I denne vurderingen har han gjort flere vurderinger som avviker fra Sandhaugens finansmodell, og som retten oppfattet at de to sakkyndige vitnene langt på vei var enige om. Dette gjelder blant annet:

- Man må bruke mest mulig oppdaterte kraftprisprognoser.
- Man kan ikke legge til grunn at et vindkraftverk vil oppnå like høy kraftpris som gjennomsnittsprisene, fordi vindkraft er uregulerbar. Man produserer kraft når det blåser, uavhengig av om prisene på det tidspunktet er gode eller dårlige. Vannkraftprodusenter med magasinkraftverk kan oppnå høyere priser fordi de kan spare vann i tider hvor prisene er lave, og produsere mye når prisene er høye. Det må derfor gjøres en *negativ kvalitetskorreksjon* av kraftprisen for Sandhaugen.
- Det må korrigeres for at Kvaløya ligger i prisområdet NO4, hvor kraftprisene generelt forventes å være noe lavere enn systemprisen.
- Tapsberegningen må ta utgangspunkt i sannsynlig varighet av driftsperioden.

- Tapsberegningen kan ikke baseres på at turbinene på Sandhaugen vil ha vesentlig høyere kraftproduksjon enn det volumet Siemens har garantert.

Når det gjelder kraftpriser, har Halvor Grov tatt utgangspunkt i Wattsights prisestimer. Wattsights prognoser angir tre nivåer; basis, høy og lav prisbane. Man antar at det er 50 % sannsynlig at basisprisen treffer, 25 % sannsynlig at høy prisbane treffer, og 25 % sannsynlig at lav prisbane treffer. Grovs verdivurdering baserer seg på et vektet snitt av disse prisprognosene. Retten oppfattet ikke at Jostein Skaar hadde innvendinger til denne tilnærmingen.

Når det gjelder produksjonsvolum, har Grov ikke akseptert Sandhaugens forutsetning om at produksjonen ville vært 57 GWh, det vil si 15,2 % høyere enn Siemens' garanterte volum på 49,4 GWh. Grov har i stedet basert seg på opplysninger fra driftsselskapet Zephyr om installert effekt og antatt produksjonsnivå – og dermed brukstiden for turbinene – på Kvitfjell og Raudfjell. Videre har han antatt at Sandhaugen har tilsvarende vindressurs og vil ha tilsvarende brukstid. Han får da et produksjonsnivå på ca 53 GWh, som gir en «merproduksjon» utover garantert nivå på litt over 3 GWh. Grov allokerte halvparten av denne merproduksjonen til prosjektverdien. Dette er i tråd med den «earn-out»-avtalen som ble inngått mellom Siemens og Sandhaugen, om at de skulle dele produksjon som oversteg garantert volum 50/50. Grov legger dermed til grunn et produksjonsvolum på 51,3 GWh (basert på fire turbiner). Etter rettens syn er denne tilnærmingen forsvarlig. Jostein Skaar ga uttrykk for at det ikke var grunnlag for å operere med høyere volum enn det nivået Siemens hadde garantert. Retten mener det må være grunnlag for å anta at sannsynlig produksjonsnivå vil være noe høyere enn det nivået produsenten av turbinene er villig til å garantere. «Earn-out»-avtalen viser at både kjøper og selger av turbinene regnet det som sannsynlig at det ville bli en merproduksjon å dele.

Når det gjelder driftstid, har Grov basert seg på opplysninger fra Sandhaugen om at selskapet ville få drive turbinene i enten 30 eller 25 år, og har basert verdivurderingene på at disse to alternativene er like sannsynlige. Han har med andre ord beregnet verdien basert på en produksjonstid på 27,5 år. Jostein Skaar har på sin side ment at man må ta utgangspunkt i konsesjonstiden; altså frem til 2037. Retten kommer tilbake til dette spørsmålet.

Basert på spørsmål som kom opp under hovedforhandlingen, gjorde Grov noen verdivurderinger ut fra alternative scenarier, hvor han vurderte effekten av endrede forutsetninger. Dette er beskrevet slik på side 36 i den presentasjonen han brukte under sin forklaring:

Effekt av endrede forutsetninger

Dersom man **reduserer levetiden til prosjektet til 18 år** vil dette redusere den vektete prosjektverdien med 62 % til MNOK 25.

Dersom man **reduserer antall kraftproduserende vindturbiner fra 4 til 3** vil dette redusere den vektete prosjektverdien med 31 % til MNOK 46.

Dersom man reduserer prosjektets levetid til 18 år og **antall turbiner til 3** vil dette redusere den vektete prosjektverdien med 77 % til MNOK 15.

Dersom turbinene blir stående tett kan dette få en negativ effekt på produksjonen. Ved bruk av opprinnelig konsesjonsområde vil dette medføre en reduksjon i produksjonen med 8-10 % ved fire turbiner og 5-8% ved tre turbiner. Dersom dette er tilfellet har vi satt et nytt «garantinivå» fra Siemens, og justert ned alle scenarioer tilsvarende.

- **Ved 4 turbiner og redusert produksjon på 9 %** vil dette redusere den vektete prosjektverdien med 31 % til MNOK 46.
- **Ved 3 turbiner og redusert produksjon med 6.5 %** vil dette redusere den vektete prosjektverdien med 55 % til MNOK 30.

Som nevnt er Grovs verdivurdering primært basert på nåverdien av fremtidige kontantstrømmer. Han har imidlertid supplert med en vurdering ut fra en helt annen tilnærming, nemlig transaksjonsmultipler i faktiske vindkrafttransaksjoner (presentasjonen side 30):

Transaksjonsmultipler fra Deloitte

Deloitte har i sin rapport fra 2017* sett nærmere på transaksjonsmultipler fra vindkraftprosjekter på land. Denne rapporten er basert på 327 vindkrafttransaksjoner og har basert på multipleregresjonsanalyse beregnet EV/MW-multiplere for de fire ulike stadiene av et vindkraftprosjekt – «Early stage», «Late stage», «Under construction» og «Installed». De konkluderte med at «Early stage» prosjekter har liten innvirkning på virksomhetsverdien, og det er dermed ikke gjengitt i detalj. Deloitte definerer «Late stage» som stadiet hvor prosjektet mottar offentlige tillatelser, inngår turbinkontrakter og sikrer finansiering, men hvor man ikke har påbegynt byggingen. Verdispraket er forholdsvis stort, og verdien øker naturlig nok i takt med at flere deler faller på plass.

Transaksjonsmultiplene for «Late stage» gjengitt i rapporten fra Deloitte varierer mellom 0.2 og 0.4 MEUR per MW. Dette gir en verdi per 01.01.2019 på mellom 33 og 67 MNOK basert på EUR/NOK-kursen per 02.01.2019 på 9.91 og en effekt på 16.8 MW. Ettersom Sandhaugen Vindkraftverk AS hadde konsesjon fra myndighetene, inngått turbinkontrakter og sikret finansiering vil vi argumentere for at prosjektet har kommet langt i «Late stage» og dermed skal ligge i det øvre sjiktet av disse multiplene.

4.6.2 Rettenns skjønnsmessige vurdering av tapets størrelse

Retten anser det forsvarlig å foreta erstatningsutmålingen med utgangspunkt i Halvor Grovs vurderinger og beregninger. Veldig mange av Jostein Skaars innvendinger til Sandhaugens beregninger er hensyntatt av Halvor Grov i de beregningene han har gjort. Retten mener også at Halvor Grov har gjort en mer omfattende og grundig vurdering enn det statens sakkyndige har gjort, blant annet ved å bygge opp en selvstendig verdivurdering.

Når retten skal gjøre en skjønnsmessig vurdering av tapets størrelse, må det korrigeres for den konklusjonen som retten har kommet til under årsakssammenheng: Det relevante tapet

er det tapet Sandhaugen har lidt ved ikke å kunne bygge et nedskalert vindkraftverk med 3 turbiner à 4,2 MW og et interntap på 5-8 %. Dette tapet har Grov ovenfor vurdert til 30 millioner kroner, basert på et interntap på 6,5 %, altså midt mellom 5 og 8 %. Dette er i utgangspunktet greit, men Grovs beregning forutsetter en driftstid på 27,5 år.

Sandhaugens erstatningskrav er basert på at selskapet ville fått forlenget konsesjonstid, slik at turbinene ville være i drift i 30 år, eller i alle fall i 25 år. Det er uklart for retten om Sandhaugen noen gang *søkte* om utvidet konsesjonstid. Konsesjonstiden i 2011-konsesjonen er inntil 25 år fra idriftsettelse, men ikke utover 1. januar 2037. Ved en bygging på «halen» av Kvitfjell/Raudfjell-prosjektet, altså i starten av 2020, blir driftstiden uten konsesjonsendring ca 17 år. Retten forstår imidlertid Sandhaugens anførsel slik at man ville søkt, og ville fått innvilget utvidet konsesjonstid.

Retten er enig med Sandhaugen i at det er sannsynlighetsovervekt for at Sandhaugen ville fått forlenget konsesjonstid om prosjektet hadde blitt realisert. Energilovens formål er å sikre at energiproduksjon foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, som tar hensyn til berørte allmenne og private interesser, jf. § 1-2. Når turbinene først er satt opp og inngrepet i naturen og lokalsamfunnet er et faktum, er det vanskelig å se at det kan være samfunnsmessig rasjonelt å kreve nedleggelse og fjerning når turbinene bare er litt over halvveis i levetiden sin. Vitnet Arne Olsen sa i sin forklaring at det har vært praksis å gi 25 års driftstid, og at man i nyere tid har gitt 30 år på grunn av økt teknisk levetid på turbinene. Retten viser til at Kvitfjell- og Raudfjellkonsesjonene har varighet til juni 2045, som vil gi 25 års drift. Det er etter rettens syn i alle fall sannsynlig at Sandhaugen-turbinene ville fått stå så lenge. Om de ville fått produsere i ytterligere fem år er mer usikkert. Det er ikke opplyst at Kvitfjell-/Raudfjell har fått forlenget konsesjonstid, selv om turbinene som er montert forventes å ha 30 års levetid. Og det er vanskelig å mene noe om hvordan vurderingen vil bli ved en potensiell søknad om forlengelse når konsesjonsperioden nærmer seg slutten. Mye kan ha forandret seg innen den tid.

Retten tar utgangspunkt i Grovs vurdering, som gir et tap på 30 millioner kroner forutsatt en 27,5 års driftsperiode. Isolert sett tilsier usikkerheten om det ville blitt gitt mer enn 25 års driftstid, at erstatningen skal noe ned, til drøyt 27 millioner kroner.

På den annen side kan en verdivurdering basert på transaksjonsmultiplene til Deloitte tilsi at tapet er noe høyere enn 30 millioner. Deloitte's transaksjonsmultipler fra 327 europeiske vindkrafttransaksjoner, tilsier at «late stage» vindkraftprosjekter har en verdi på 0,2 til 0,4 millioner euro pr installert MW. Det er mye usikkerhet om representativitet her, men om man legger til grunn at Sandhaugen var midt mellom ytterverdiene, blir verdien 12,6 MW (tre turbiner à 4,2 MW) ganger 0,3 millioner euro, altså 3,78 millioner euro. Dette gir et *høyere* tap enn 30 millioner kroner.

Rettens skjønnsmessige vurdering er derfor at Halvor Grovs nåverdiberegning på 30 millioner kroner kan legges til grunn som et rimelig anslag over det tapet Sandhaugen har lidt.

4.6.3 Kompensasjon for at erstatningsbeløpet er skattbart som inntekt

Sandhaugen anførte under hovedforhandlingen at ethvert tapsbeløp må multipliseres med 1,22 – for å kompensere for at erstatningsbeløpet vil bli beskattet som inntekt. Alle nåverdiberegninger er gjort basert på neddiskonterte frie kontantstrømmer, hvor betalbar skatt er lagt inn som kostnad. Vurderingene er altså basert på tapte inntekter *etter* skatt.

Retten er i hovedsak enig i dette utgangspunktet. For at Sandhaugen skal sitte igjen med 30 millioner kroner etter å ha skattet 22 % av erstatningsbeløpet, må selskapet i utgangspunktet få en erstatning på 30 delt på 0,78, altså ca 38,5 millioner kroner.

Det er dokumentert i saken at Sandhaugen har et fremførbart underskudd på 14 millioner kroner. Dette fører til lavere skatteregning ved utbetaling av erstatning, fordi selskapet kan trekke 14 millioner fra den inntekten som erstatningen innebærer. Rettens vurdering er at staten må betale 34,5 millioner kroner i erstatning for at Sandhaugen skal sitte igjen med 30 millioner kroner etter skatt.*

* $34,5 - ((34,5 - 14) * 0,22) = 30$

4.6.4 Konklusjon

Det beløpet staten må betale i erstatning for å kompensere Sandhaugens økonomiske tap som følge av OEDs rettsstridige myndighetsutøvelse, er 34,5 millioner kroner. I tillegg kommer – i tråd med påstanden – lovens forsinkelsesrente på dette beløpet fra 30 dager etter at stevningen er forkynt. Departementet kvitterte for postforkynning av stevningen den 10. april 2019, og 30 dager senere var den 10. mai 2019.

4.7 Nedsettelse av erstatningen på grunn av skadelidtes medvirkning?

Staten anførte at en eventuell erstatning må settes ned på grunn av skadelidtes medvirkning til skaden, jf. skadeserstatningsloven § 5-1. Synspunktet er at selskapet burde forstått at det var risiko for at underretning om NVEs vedtak 25. april 2017 til Reinbeitedistrikt Kvaløya ved Per Kitti, ikke var nok. Sandhaugen var klar over konflikten innad i reinbeitedistriktet, og burde – hvis det var viktig å sikre seg mot klager etter klagefristen – ha underrettet også Dorvvošnjárgga siida v/Aleksandersen om vedtaket.

Retten kan ikke følge staten på dette. Vedtaket er sendt til reinbeitedistriktet ved dets styreleder, som på dette tidspunktet var Per Kitti. NVE hadde gitt konsesjonæren beskjed om å forholde seg til reinbeitedistriktets styre. OED har i sitt vedtak 19. juni 2018 gitt uttrykk for at den kunngjøringen av vedtaket oppfylte de krav som følger av forvaltningsloven § 27. Av disse grunnene kan det ikke være rimelig å nedsette erstatningen på grunn av uaktsom medvirkning fra Sandhaugens side.

For øvrig er manglende underretning til Aleksandersen en lite sentral årsaksfaktor til den skaden Sandhaugen har lidt. Hovedårsaken til skaden, slik retten har vurdert saken, er departementets uriktige forståelse av egen kompetanse. Dette gjør at det ikke kan være aktuelt å nedsette erstatningen i medhold av skadeserstatningsloven § 5-1.

4.8 Sakskostnader

Etter tvisteloven § 20-2 har en part som vinner saken, krav på full erstatning for sakskostnader fra motparten. Saken er vunnet hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige.

Sandhaugen får dom i samsvar med sin påstand; selskapet får erstatning fastsatt etter rettens skjønn. Det er likevel så stor forskjell på Sandhaugens angivelse av kravets størrelse og domsresultatet, at det ikke er naturlig å se det slik at selskapet har vunnet «i det vesentlige». Den erstatningen som fastsettes er på 23 prosent av den rammen som følger av påstanden. Videre har staten fått medhold på viktige punkter, særlig i spørsmålet om årsakssammenheng.

Det er imidlertid klart at Sandhaugen har fått medhold av betydning. Det er da hjemmel for å pålegge motparten helt eller delvis å dekke Sandhaugens sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-3. Vilkåret er at tungtveiende grunner tilsier det, og det skal blant annet legges vekt på hvor mye parten har fått medhold.

Sandhaugen har fått medhold i at selskapet har krav på erstatning som følge av feil ved OEDs myndighetsutøvelse. Selskapet har lidt et betydelig tap som følge av rettsstridig myndighetsutøvelse, og har brukt mye penger på å forfølge dette kravet. Prosessfullmektigens sakskostnadsoppgave viser advokathonorar på 1 616 656 kroner og utgifter til det sakkyndige vitnet på 373 550 kroner, samt utgifter til utarbeidelse av juridisk utdrag med 35 900 kroner. Alle disse beløpene må tillegges merverdiavgift fordi selskapet nå ikke driver avgiftspliktig virksomhet. Totalt blir det 2 532 633 kroner. I tillegg kommer rettsgebyr og 9 627 kroner i utgifter til reise, parkering og kost for partsrepresentant og vitner.

Statens prosessfullmektig protesterte på kostnadsoppgaven, og mente salærutgiftene både til advokat og til det sakkyndige vitnet var for høye. Retten er enig i at advokatkostnadene er forholdsvis høye, og saken var svært bredt lagt opp fra saksøkers side. Retten går ikke nærmere inn på dette. Rettens vurdering er at tungtveiende rimelighetsgrunner taler for at Sandhaugen vindkraftverk tilkjennes en *delvis* erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-3. Statens sakskostnadsansvar fastsettes skjønnsmessig til 750 000 kroner.

* * *

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er andre arbeidsoppgaver for dommeren i tiden etter hovedforhandlingen.

* * *

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Olje- og energidepartementet dømmes til innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt, å betale 34 500 000 – trettifiremillionerfemhundretusen – kroner i erstatning til Sandhaugen Vindkraftverk AS, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra 10. mai 2019.
2. Staten v/Olje- og energidepartementet dømmes til innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt, å betale 750 000 – sjuhundreogfemtitalusen – kroner i sakskostnader til Sandhaugen Vindkraftverk AS.

Retten hevet

Frode Støle

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.