

Saksnummer:
24-036660ASD-BORG/SAKS

Oslo, 08.03.2024
2022-0922 HVA/HVA

Prosesskriv til Borgarting lagmannsrett

Ankende parter: Norges Naturvernforbund
Mariboës gate 8
0183 OSLO

Natur og Ungdom
Postboks 4783 Sofienberg
0506 OSLO

Prosessfullmektiger: Advokat Asle Bjelland

Advokat Amund Noss

Begge: CMS Kluge Advokatfirma AS, Postboks 1548 Vika,
0117 OSLO

Ankemotpart: Staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og
fiskeridepartementet
Postboks 8013 Dep
0030 OSLO

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/advokat Henrik Vaaler

Rettslig medhjelper: Regjeringsadvokaten v/advokat Karen Mellingen

Begge: Regjeringsadvokaten, Postboks 8012 Dep, 0030 OSLO

1 INNLEDNING

Det vises til de ankende parter prosesskriv 7. mars 2023 der spørsmålet om foreleggelse omtales. Staten har grundig redegjort for sitt syn på foreleggelsesspørsmålet i anketilsvaret punkt 4.3, og vil derfor her kun kommentere foreleggelsesspørsmålet kort i punkt 2 nedenfor. Foranlediget av prosesskrivet, vil denne side også redegjøre nærmere for rettens forhold til begrunnelsen i vedtaket (punkt 3), og om inntektsvirkningene ved gruvedrift kan utgjøre en «overriding public interest» (punkt 4).

2 FORELEGGELSE ER IKKE «NØDVENDIG», JF. ODA-AVTALEN ARTIKKEL 34 (PROSESSKRIVET PUNKT 1, 4 OG 5)

Som det fremkommer tydelig av anketilsvaret punkt 4.3 mener denne side først og fremst at det ikke er nødvendig med foreleggelse fordi spørsmålene motparten ønsker å forelegge ikke fremstår som spesielt **tvilsomme** – det er også det sentrale vurderingstema i foreleggesesvurderingen (se anketilsvaret punkt 4.2).

Tingretten har foretatt en svært grundig vurdering av de relevante EØS-rettslige spørsmålene i dommen på side 21-39., og staten har redegjort for sitt syn på spørsmålene i anketilsvaret punkt 4.3.1-4.3.2. De ankende parter gjør ingen forsøk på å underbygge at spørsmålene likevel er tilstrekkelig tvilsomme. I prosesskrivet omtales ikke noen av de EØS-rettslige kildene som er omtalt i anketilsvaret, og de ankende parter tar heller ikke opp den eksplisitte invitasjonen i anketilsvaret punkt 3.4 om å underbygge sin egen EØS-rettslige tolkning.¹ I prosesskrivet punkt 4, som er det eneste punktet som omhandler nødvendigheten av foreleggelse, vises det ikke til en eneste EØS-rettslig kilde. At det ikke vises til noen slike kilder før foreleggelsesspørsmålet skal avgjøres kan vanskelig forstås på annen måte enn at det ikke finnes slike kilder som gir grunnlag for noen tvil.

Når de ankende parter likevel forsøker å fremstille det forhold at lagmannsretten kan velge å opprettholde vedtaket basert på at hensynet til tilgangen på kritiske mineraler også kan være «overriding public interest» som «bærebjelken i statens resonnement for hvorfor det ikke er hensiktsmessig å forelegge saken», kan ikke det oppfattes som annet enn et forsøk på å tåkelegge hva som er det sentrale vurderingstemaet for om foreleggelse er «nødvendig».

Argumentasjonen i prosesskrivet punkt 4 underbygger, om noe, at foreleggelse ikke er «nødvendig». Det vises ikke til noen rettskilder som underbygger at det er tvil om *direktivtolkningen*. Uenigheten som beskrives mellom partene knytter seg primært til om aktuelle hensynene gjør seg gjeldende i denne saken, altså *subsumsjonen*. Subsumsjon er nasjonale domstolers ansvarsområde, og ikke noe som forelegges, jf. DAs veileder om

¹ «Dersom de ankende parter mener det er relevante kilder som feiltolkes eller som utelates, er det ingen grunn til at de skal avvente med å fremme disse innvendingene til etter at det eventuelt er besluttet foreleggelse for EFTA-domstolen.»

forleggelse punkt 5.3. Dette er særlig klart for hensyn (2) og (4) i prosesskrivet punkt 4 der de ankende parter bekrefter at hensynene er egnet til å utgjøre «overriding public interest».

Denne side finner ikke grunn til å kommentere de ankende parters syn på subsumsjonen. Det vises til tingrettens dom punkt 1.7, som staten slutter seg til. Partene er for øvrig enige i at statene her har en skjønnsmargin, se anketilsvaret punkt 3.2.

Det er i høyden upresist når de ankende parter skriver at «Det var ... usikkert om EØS-spørsmål ville komme på spissen» for tingretten. Anførselen om brudd på vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c var den prinsipale anførselen for tingretten, og sågar sa en av ankende parters prosessfullmektiger på hovedforhandlingens første dag at saken kun være delt og avgjort på dette spørsmål alene. Årsaken til at saken ikke ble forelagt av tingretten var derfor ikke at spørsmålene nødvendigvis var mindre relevante.

3 RETTENS PRØVINGSKOMPETANSE (PROSESSKRIVET PUNKT 2)

Partene er enige om at lagmannsretten har full prøvingskompetanse i spørsmålet om vannforskriften § 12 er oppfylt. Det er sikker norsk forvaltningsrett at i saker der retten har full prøvingskompetanse, plikter retten å prøve om de lovbestemte vilkårene er oppfylt – det i motsetning til vilkår som bygger på fritt skjønn. Retten er ikke bundet av begrunnelsen i vedtaket, men kan også vurdere forhold som ikke er omtalt i vedtaket i den grad de er relevante, jf. Rt-2010-999 (First Securities) avs. 46 og Rt-2014-1758 (Terratec) avsnitt 37.² Noe annet ville innebære at domstolene, etter omstendighetene, kunne være forpliktet til å legge til grunn feil rettsanvendelse (f.eks. fordi det finnes relevante forhold som ikke er omtalt i vedtaket).

At lagmannsretten eventuelt vurderer hensyn som ikke fremgår uttrykkelig av begrunnelsen i vedtaket er heller ikke i strid med EØS-retten. Tvert imot har EU-domstolen bekreftet at nasjonale domstoler selv *kan* (men har ingen plikt til) prøve om vilkårene i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 er oppfylt i situasjoner der nasjonale myndigheter ikke har foretatt en slik vurdering, jf. C-529/15 *Gert Folk* avsnitt 37-39:

37. In order to determine whether a project has been authorised without infringing Directive 2000/60, a court may review whether the authority which issued the authorisation complied with the conditions laid down in Article 4(7)(a) to (d) of that directive, by determining ... third, whether those activities serve an overriding general interest and/or the benefits to the environment and society linked to the achievement of the objectives set out in Article 4(1)...

38. However, if, as in the situation in the case in the main proceedings, the competent national authority issued the authorisation without an examination whether the conditions laid down in Article 4(7)(a) to (d) of Directive 2000/60 have been complied with, the national court is not obliged to examine by itself the observance of the

² Forutsetningen er at man er innenfor samme «saksforhold». Denne side kan ikke se at det er tvilsomt her.

conditions laid down in that article and may confine itself to finding that the contested measure is unlawful.

39. Without prejudice to a possible judicial review, the national authorities which are competent to authorise a project are required to review whether the conditions set out in Article 4(7)(a) to (d) of Directive 2000/60 are satisfied before granting such an authorisation. In contrast, EU law in no way obliges the national courts to take the place of the competent authority by itself examining those conditions when that authority has granted the authorisation without having carried out that examination. (våre uthevinger)

Når nasjonale domstoler kan foreta en selvstendig vurdering i tilfeller der det ikke foreligger noen begrunnelse fra forvaltningen, må domstolene enn mer også kunne trekke inn andre hensyn i saker der forvaltningen faktisk *har* gitt en begrunnelse. Det er i hvert fall ingen støtte for at det ville stride mot EØS-retten.

Til støtte for sitt syn viser de ankende parter på prosesskrivet side 3 til en rekke avgjørelser fra EU-domstolen, herunder C-346/14 *Schwarze Sulm*. Her virker imidlertid de ankende parter å blande spørsmålet om det skal gis en begrunnelse i vedtaket (som er det saken det vises til omhandler) og spørsmålet om hvilke hensyn retten kan vurdere i sin etterfølgende kontroll (som er tema her). Dette er ulike spørsmål. For øvrig er *Schwarze Sulm* et direkte søksmål for EU-domstolen, og EU-domstolen har, i motsetning til norske domstoler etter intern norsk rett, ikke full prøvingskompetanse i slike saker. EØS-retten er samtidig ikke til hinder for at prøvingskompetansen for nasjonale domstoler kan være en annen, slik tilfellet er i Norge, jf. prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi.

Staten er av den oppfatningen at den EØS-rettslige begrunnelsesplikten er overholdt, og viser til tingrettens dom side 39-40. Staten inviterer på ingen måte lagmannsretten til å omgå denne plikten. Tvert imot er anførselen om brudd på begrunnelsesplikten ikke omtalt i anken og staten legger til grunn at den er frafalt for lagmannsretten. I den grad den nå igjen er vekket til liv, bes det avklart.

4 HENSYNENE I VEDTAKET (PROSESSKRIVET PUNKT 3)

4.1 Hvilke hensyn vedtaket bygger på

Staten har redegjort for hvilke hensyn vedtaket bygger på i anketilsvaret punkt 3.1, der det også vises til tingrettens vurdering i dommen på side 23-24.

4.2 Inntektsvirkningene fra gruvevirksomheten kan utgjøre en «overriding public interest»

I sin drøftelse hvilke forhold ved Engebø-prosjektet som utgjør «overriding public interest», fokuserer tingretten i dommens punkt 1.7 særlig på hensynet til sysselsetting lokalt. Ettersom det primære formålet med et anketilsvar er å underbygge at tingrettens dom er korrekt, knytter også staten i anketilsvaret drøftelsen opp mot dette hensynet. En slik fremgangsmåte burde ikke være «opsiktsvekkende» for motparten.

I tillegg til de tre hensynene som omtales i anketilsvaret, mener staten også at Engebø-prosjektets inntektsvirkninger utgjøre en «overriding public interest». Hvert og ett av disse fire hensynene tilstrekkelige til at vedtaket er gyldig.

At de direkte og indirekte inntektsvirkningene av et gruveprosjekt (herunder skatteinntekter, inntekter for eierne og arbeidsplasser) kan utgjøre en «overriding public interest» støttes av alle kildene det vises til i punktlisten i anketilsvaret punkt 4.3.3 – kilder de ankende parter ikke har funnet grunn til å imøtegå. Det vises til ESAs beslutning 18. januar 2017:

The Authority observes that, according to the findings of the Ministry, the project will lead to the creation of employment and the generation of income in the long term and that the project overall will produce large revenues for society.

....

Accordingly, the Authority finds that the Ministry was entitled to conclude that the project would give rise to benefits which were of overriding public interest. (våre uthevinger)

ESAs vurdering har god støtte i praksis fra EU-domstolen om habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4. Allerede i C-44/95 *Lappel Bank*, uttalte EU-domstolen generelt at «*economic requirements*» kan være relevante (avsnitt 41). Saken gjaldt plan om utvidelsen av havnen i Sheerness inn på et område som var aktuelt som fuglereservat. Utbyggingen ville tilrettelegge for økt trafikk og økt sysselsetting i området (avsnitt 13).

Dommen ble senere fulgt opp av C-404/09 *Kommisjonen mot Spania*, som er særlig omtalt i anketilsvaret på side 13-14. EU-domstolen uttaler i avsnitt 109 at:

The Kingdom of Spain, which has invoked the importance of mining activities for the local economy, needs to be reminded that, whilst that consideration is capable of constituting an imperative reason of overriding public interest within the meaning of Article 6(4) of the Habitats Directive... (våre uthevinger)

EU-domstolen har altså allerede slått fast at betydningen gruvedrift har for lokaløkonomien gjennom inntekter og arbeidsplasser kan utgjøre en «imperative reason of overriding public interest», jf. habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4.

Betydningen av bedriftsøkonomiske hensyn etter habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4 er også særskilt vurdert av EU-domstolen i C-182/10 *Solvay*. Ett av spørsmålene i saken var hvorvidt anlegg av infrastruktur til et privat «management centre» kunne utgjøre en «imperative reason of overriding public interest». EU-domstolen uttaler i avsnitt 75–78:

75. An interest capable of justifying, within the meaning of Article 6(4) of the Habitats Directive, the implementation of a plan or project must be both 'public' and 'overriding', which means that it must be of such an importance that it can be weighed up against that directive's objective of the conservation of natural habitats and wild fauna and flora.

76. Works intended for the location or expansion of an undertaking satisfy those conditions only in exceptional circumstances.

REGJERINGSADVOKATEN

77. It cannot be ruled out that that is the case where a project, although of a private character, in fact by its very nature and by its economic and social context presents an overriding public interest and it has been shown that there are no alternative solutions.

78. In the light of those criteria, the mere construction of infrastructure designed to accommodate a management centre cannot constitute an imperative reason of overriding public interest within the meaning of Article 6(4) of the Habitats Directive.

EU-domstolen stadfester i avsnitt 77 at økonomiske hensyn, også der disse ivaretas av en bedrift, kan utgjøre «imperative reason of overriding public interest». Samtidig skal det ganske mye til for at prosjekter som kun har en bedriftsøkonomisk begrunnelse kan utgjøre slik hensyn («exceptional circumstances»).

I vår sak har tiltaket en vesentlig videre begrunnelse enn kun å tilrettelegge for inntekter for eierne av Nordic Mining ASA. Det vises til anketilsvaret punkt 3.1. Men også om man skulle legge til grunn at dette var det eneste hensynet vedtaket bygde på (og det eneste som lagmannsretten kunne vurdere), mener staten at det her foreligger «exceptional circumstances». Det er tale om et stort industriprosjekt i norsk skala, og i motsetning til et «management centre», som i praksis kan ligge hvor som helst, er gruvedrift strengt stedbunden virksomhet.³ Gruven må ligge der mineralene er. For lagmannsretten er også partene enig om at det ikke er noe bedre alternativ til sjødeponi på Engebø. Spørsmålet om det foreligger «excpetional circumstances» i denne saken er for øvrig en del av subsumsjonen, som det ikke er aktuelt å forelegge.

Det er således solid rettskildemessig grunnlag for at gruvedrifts inntektsvirkninger kan utgjøre en «overriding public interest». Heller ikke dette spørsmålet er det altså nødvendig å forelegge.

• • •

Oslo, 8. mars 2024

REGJERINGSADVOKATEN

Henrik Vaaler
advokat

³ At dette er relevante hensyn følger eksplisitt av EU-domstolens henvisning til «the location or expansion of an undertaking» i avsnitt 76.