

PROSESSKRIV

til

Borgarting lagmannsrett

Oslo, 20. mars 2024

Vår ref.: 326672-001

Borgarting lagmannsretts sak 24-036660ASD-BORG/01

Ankende part 1: Norges Naturvernforbund
Mariboegate 8, 0183 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Asle Bjelland, CMS Kluge Advokatfirma AS

Ankende part 2: Natur og Ungdom
Torggata 34, 0183 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Amund Noss, CMS Kluge Advokatfirma AS

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

Saken gjelder: Gyldigheten av statlige tillatelser til deponering av gruveavfall i Førdefjorden

**CMS Kluge Advokatfirma
Stavanger**
Olav Kyrres gate 21, Herbarium
Postboks 277
4068 STAVANGER

Tel: 51 82 29 00
Fax: 51 82 29 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Oslo
Bryggegate 6
Postboks 1548, Vika
0117 OSLO

Tel: 23 11 00 00
Fax: 23 11 00 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Bergen
Allehelgensgate 2
Postboks 394 Sentrum
5805 BERGEN

Tel: 55 21 98 00
Fax: 55 21 98 01
E-post: post@cms-kluge.com

Organisasjonsnummer

913 296 117 MVA

Bank

9685.27.21690 (driftskonto)
8396.07.70946 (driftskonto EUR)
9685.27.21755 (klientmidler)
9685.27.54068 (eiendomsmegling)
SWIFT: HANDNOKK

1 INNLEDNING

Formålet med dette prosesskrivet er å gi en oppdatert og helhetlig fremstilling av miljøorganisasjonenes syn på foreleggelsesspørsmålet.

Partene er enige om følgende utgangspunkter:

- Vanndirektivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom vannforskriften. Vilkårene i vannforskriften skal – i henhold til presumsjonsprinsippet – tolkes slik at de har samme innhold som i vanndirektivet. Saken gjelder derfor forståelsen av vanndirektivet.
- Vanndirektivet oppstiller et generelt forbud mot forringelse av vannressurser, og angir hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne gjøres unntak. Den tillatte deponeringen av gruveavfall er i utgangspunktet omfattet av forringelsesforbudet. Spørsmålet er derfor om unntaksvilkårene i direktivet er oppfylt.
- Saken er for lagmannsretten begrenset til å gjelde ett av unntaksvilkårene i vanndirektivet, nemlig kravet om at tiltaket er nødvendig på grunn av «overriding public interest».

Vilkåret «overriding public interest» er opprinnelig utviklet av EU-domstolen og beskriver terskelen for å gjøre unntak fra den frie bevegeligheten. Læren er dynamisk, og det kan ikke gis en uttømmende oversikt over hvilke hensyn som kan være relevante. Det er imidlertid ett hensyn som ifølge domstolens praksis *ikke* er relevant, nemlig økonomiske hensyn. I vår sak er tillatelsen begrunnet med økonomiske hensyn, jf. formuleringen i resolusjonen om at «de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten».

Det finnes ingen avgjørelse fra EU- eller EFTA-domstolen som fastslår at unntaksvilkåret i vanndirektivet skal tolkes utvidende, slik at også økonomiske hensyn er relevante. Lagmannsretten bør heller ikke åpne for en slik utvidelse, uten at det er klart forankret i en autoritativ uttalelse fra EFTA-domstolen. Vi risikerer da å få en særegen norsk rettsutvikling. Formålet med foreleggelsesordningen er å forhindre dette.

Miljøorganisasjonene fastholder at saken reiser spørsmål som bør forelegges EFTA-domstolen. Saken gjelder terskelen for å gjøre unntak fra en av Europas mest sentrale miljøbestemmelser, nemlig forbudet mot å forringe vannressurser.

Staten har varslet at den konkrete utformingen av spørsmålene til EFTA-domstolen ikke vil bli kommentert før foreleggelsesspørsmålet er avgjort. Den endelige listen vil derfor måtte avklares senere. Miljøorganisasjonene har likevel utarbeidet et revidert forslag til spørsmålsliste hvor vi har forsøkt å ta hensyn til det som har fremkommet i statens anketilsvar og etterfølgende prosesskriv.

Den tentative spørsmålslisten kan inndeles i fire hovedspørsmål. Disse kommenteres løpende nedenfor:

- Forholdet til begrunnelsen i vedtaket (punkt 2)
- Presisering av det EØS-rettslige vurderingstemaet (punkt 3)
- Om økonomiske hensyn kan utgjøre en «overriding public interest» (punkt 4)
- Om hensynet til sysselsettingsvirkninger, tilgang på rutil globalt, eller å sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler, kan utgjøre en «overriding public interest» (punkt 5)

2 FØRSTE SPØRSMÅL: FORHOLDET TIL BEGRUNNELSEN I VEDTAKET

2.1 Statens anførsler

Staten anfører i anketilsvaret at den nasjonale domstolen kan opprettholde tillatelsen med en annen begrunnelse enn den som er gitt i vedtaket:¹

«Som fremhevet i punkt 3.1, kan lagmannsretten legge vekt på alle hensyn den mener er relevante uavhengig av om disse fremgår av begrunnelsen eller ikke. Gitt at saken uansett kan løses på annet grunnlag, fremstår ikke foreleggelse som relevant for løsningen av saken.»

I et senere prosesskriv hevder staten at dette ikke vil være i strid med EØS-retten:²

«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 vanddirektivet 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:»

2.2 Miljøorganisasjonenes anførsler

Miljøorganisasjonene vil anføre at statens standpunkt er uriktig. Tillatelsen kan ikke opprettholdes med en ny begrunnelse. Den nasjonale domstolens oppgave er kun å vurdere de hensynene som forvaltningen har vektlagt i vedtaket. Dersom disse hensynene ikke er tilstrekkelige til å utgjøre en «overriding public interest», vil vedtaket måtte oppheves. Det er opp til forvaltningen å vurdere om det deretter skal gis en tilsvarende tillatelse med en annen begrunnelse. Domstolene kan ikke foregripe en slik vurdering. Tingretten la også til grunn at den skulle prøve «de hensyn tillatelsene er bygget på».

Staten trekker slutninger fra EU-domstolens sak C-529/15 (Gert Folk) som det ikke er grunnlag for. I statens gjengivelse av dommens avsnitt 37 har et helt avgjørende poeng falt ut av sitatet. Det fremgår nemlig av dette avsnittet at den nasjonale domstolen kan prøve om de hensynene som skal begrunne tiltaket er *spesifikt angitt og forklart i tillatelsen*.

Dette er nøyaktig den samme formuleringen som EU-domstolen benyttet i sak C-346/14 (Schwarze Sulm). Saken gjaldt bygging av et vannkraftverk. Spørsmålet var om Østerrike hadde gitt en tilstrekkelig detaljert begrunnelse for at det forelå en «overriding public interest». Kommisjonen hevdet at Østerrike bare hadde gitt en helt overordnet begrunnelse for tiltaket, nemlig at produksjon av fornybar energi generelt vil være en «overriding public interest».³

EU-domstolen tok som utgangspunkt at begrunnelsen for å anvende unntaket om «overriding public interest» skal være tydelig beskrevet og forklart i selve vedtaket. Testen ble formulert slik:⁴

«[...] whether the reasons behind the project were specifically set out and explained.»

¹ Anketilsvaret s. 12 tredje avsnitt.

² Statens prosesskriv av 8. mars 2024 s. 3.

³ C-346/14 avsnitt 67.

⁴ C-346/14 avsnitt 66.

EU-domstolen fant etter en konkret vurdering at denne testen var oppfylt. Dette ble begrunnet slik:⁵

«[...] contrary to the Commission's assertion, he did not merely refer in the abstract to the overriding public interest in the production of renewable energy, but rather based himself on a detailed and specific scientific analysis of the contested project, before going on to conclude that the conditions for a derogation from the prohibition of deterioration were met.»

Denne avgjørelsen bygger på et grunnleggende premiss om at det stilles krav til begrunnelsen i vedtaket. Det er ikke tilstrekkelig å vise til et hensyn som generelt kan utgjøre en «overriding public interest». Dette er bekreftet i flere avgjørelser fra EU-domstolen.⁶ Et tilsvarende prinsipp gjelder også ved anvendelse av habitatdirektivet.⁷ Da kan det heller ikke være tilstrekkelig å vise til hensyn som ikke holdbare, for så å overlate til domstolen å utforme en holdbar begrunnelse. Dette ville være i strid med EØS-rettslige prinsipper om at viktige avgjørelser skal være begrunnet.⁸ Formålet med denne plikten er blant annet å legge til rette for søksmål om gyldigheten av tillatelser.

2.3 Spørsmålsutforming

Det synes å være enighet om at den nasjonale domstolen ikke har *plikt* til å vurdere en annen begrunnelse enn den som fremgår av tillatelsen. Dette fremgår også eksplisitt av C-529/15 (Gert Folk) avsnitt 38. Vi antar derfor at det ikke er nødvendig å stille spørsmål om dette.

Det vil imidlertid kunne være hensiktsmessig for lagmannsretten å få avklart om den har *rett* til å legge avgjørende vekt på andre hensyn enn de som er spesifikt angitt og forklart i tillatelsen («specifically set out and explained»)⁹. Dersom staten fastholder sitt syn, vil vi foreslå at lagmannsretten stiller følgende spørsmål:

- 1) Kan den nasjonale domstolen opprettholde tillatelsen ved å legge avgjørende vekt på andre hensyn enn de som er spesifikt angitt og forklart i tillatelsen, eller vil dette være i strid med EØS-rettslige krav til behandling og utforming av slike tillatelser, for eksempel krav til at tillatelsen må være begrunnet eller kravet til offentlig deltakelse i beslutningsprosessen?**

⁵ C-346/14 avsnitt 80.

⁶ Se f.eks. C-529/15 avsnitt 27 og C-43/10 avsnitt 47.

⁷ C-342/05 avsnitt 25: «Since the latter provision provides for exceptional arrangements which must be interpreted strictly and must impose on the authority taking the decision the burden of proving that the necessary conditions are present for each derogation, the Member States are required to ensure that all action affecting the protected species is authorised only on the basis of decisions containing a clear and sufficient statement of reasons which refers to the reasons, conditions and requirements laid down in Article 16(1) of the Habitats Directive (see, to that effect, Case C-60/05 WWF Italia and Others [2006] ECR I-5083, paragraph 34).». Lignende formuleringer er inntatt i flere andre avgjørelser, f.eks. C-674/17.

⁸ Eriksen og Haukeland Fredriksen, *Norges Europeiske forvaltningsrett*, 2019, s. 95: «Det er altså ikke tilstrekkelig å bare vise til hvilke bestemmelser vedtaket bygger på, men det skal også gis en begrunnelse for vedtaket. [...]».

⁹ Formuleringen «spesifikt angitt og forklart» er inspirert av den danske oversettelsen av C-529/15 avsnitt 37 og C-346/14 avsnitt 66 hvor det står «*spesifikt angivet og forklaret*».

3 ANDRE SPØRSMÅL: PRESISERING AV DET ØS-RETTLIGE VURDERINGSTEMAET

3.1 Innledning

Vanndirektivet art. 4 nr. 7 annet ledd bokstav c lyder slik:

«c. the reasons for those modifications or alterations are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development, and»

Bestemmelsen oppstiller to alternative unntaksgrunner. Det første alternativet er merket med rødt. Det andre alternativet er merket med blått.

Inge Lorange Backer har omtalt bestemmelsen slik:¹⁰

«Etter det første alternativet gjelder det et vesentlighetskrav. Etter det andre alternativet gjelder ikke det, men her er det bare tre former for samfunnsnyttehensyn som etter en avveining kan begrunne vassdragstiltaket, nemlig helsemessig og sikkerhetsmessig samfunnsnytte og hensynet til bærekraftig utvikling. Formuleringen i vannforskriften er derimot helt generell og uten noe vesentlighetskrav.»

Backers uttalelse er i tråd med miljøorganisasjonens syn, nemlig at det første alternativet oppstiller et vesentlighetskrav. Tingretten uttaler at den er usikker på hvordan Backers uttalelse skal forstås:¹¹

«Tingretten er usikker på om Backers "vesentlighetskrav" etter Alternativ 1 er ment å uttrykke at de aktuelle "overriding public interest" må være av vesentlig art eller vekt, eller om de også må veie "vesentlig" tyngre enn Vanndirektivets formål og hensyn ved interesseavveiningen.»

I praksis velger tingretten å se helt bort uttalelsen. Først konkluderer tingretten med at det ikke gjelder noe krav om vesentlig interesseovervekt. Deretter konkluderer tingretten med at det er tilstrekkelig å vise til den ordinære begrunnelsen for å etablere privat næringsvirksomhet, nemlig det forventede økonomiske overskuddet.

3.2 Statens anførsler

Staten anfører at tingrettens direktivtolkning er korrekt. I anketilsvaret vises det blant annet til tingrettens vurdering av Backers uttalelse:

«Tingretten drøfter eksplisitt Backer i dommen side 36-37, og staten slutter seg til det. Backers uttalelse er ubegrunnet og uklar, og er heller ikke forankret i andre kilder.»¹²

¹⁰ Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utgave s. 293. Inntatt i juridisk utdrag s. 2430.

¹¹ Tingrettens dom s. 36, siste avsnitt.

¹² Anketilsvaret s. 9.

Staten hevder at denne uklarheten er et argument *mot* foreleggelse:¹³

«De ankende parter ønsker på sin side, fortsatt ikke, å ta stilling til hvilket innhold vilkåret «overriding public interest» har, m.a.o. om det innebærer et krav om kvalifisert interesseovervekt eller om det kun avgrenser hvilke hensyn som kan begrunne unntak etter direktivet. Dette spørsmålet er mer enn en «smakssak», slik de ankende parter formulerer det, men gir henvisning på grunnleggende ulike vurderinger. At de ankende parter ikke klarer å underbygge én alternativ direktivtolkning viser med styrke at det verken er noen feil med tingrettens dom eller grunn til å forelegge saken for EFTA-domstolen.»

3.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

Miljøorganisasjonene vil anføre at det gjelder et vesentlighetskrav. Det er usikkert om dette vesentlighetskravet gjelder kravet til interesseovervekt (avveiningsnormen) eller hvilke hensyn som er relevante, eller eventuelt en kombinasjon av disse. Denne usikkerheten kan imidlertid ikke begrunne at man skal unnlate å operere med noen form for vesentlighetskrav, slik at man står igjen med en helt ordinær kost nytte-vurdering.

Kravet om at samfunnsinteressene må være «overriding» innebærer en kvalifikasjon av, eller terskel for, hvilke samfunnsinteresser som kan begrunne forringelse av vannressurser. Av ordlyden følger det uten videre at «alminnelige» samfunnsinteresser ikke vil være tilstrekkelig. Om dette anses som et krav om kvalifisert interesseovervekt eller som et krav om at bare kvalifiserte interesser er relevante, kan være en smakssak. Valget løser uansett ikke spørsmålet om hvor viktige samfunnsinteressene må være for å kunne tillate forringelsen. I begge varianter må det derfor skilles mellom samfunnsinteresser som er tilstrekkelig viktige og interesser som ikke er det.

Den uklarheten som foreligger er ikke et argument mot foreleggelse, slik staten hevder. Usikkerhet om direktivtolkning er et argument *for* foreleggelse. EFTA-domstolen vil kunne utpensle vurderingstemaet og klargjøre at de påberopte samfunnsinteressene må være av særlig viktighet.¹⁴ Dette vil kunne gi verdifull veiledning for lagmannsretten.

3.4 Spørsmålsutforming

Vi vil foreslå at lagmannsretten stiller følgende spørsmål:

- 2) ***Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om det foreligger en «overriding public interest» etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7?***
 - a. ***Kreves det en kvalifisert interesseovervekt og/eller at det bare er særlig viktige samfunnsinteresser som er relevante?***
 - b. ***Hva vil være sentrale momenter i vurderingen av om samfunnsinteressene som begrunner tiltaket er «overriding»?***

¹³ Anketilsvaret s. 6

¹⁴ I samme retning, se Generaladvokaten i sak C-723/21 (Stadt Frankfurt), «particular importance and demonstrates an overriding public interest», jf. avsnitt 137. Saken ble trukket før behandling i EU-domstolen, men uttalelsen har likevel rettskildemessig verdi.

Formuleringen av spørsmål nr. 2 ligger tett opp til formuleringen av det første spørsmålet i E-3/16 (Follo Taxi) og i E-16/10 (Philip Morris). Disse eksemplene, og denne type spørsmålsformulering, er omtalt på side 18 i [Domstoladministrasjonens veileder om foreleggelse for EFTA-domstolen](#), heretter omtalt som veilederen. Spørsmålsskriftet fra Høyesterett i Follo Taxi-saken er inntatt på side 31 i veilederen.

4 TREDJE SPØRSMÅL: OM ØKONOMISKE HENSYN KAN UTGJØRE EN «OVERRIDING PUBLIC INTEREST»

4.1 Innledning

Utgangspunktet for vurderingen av tillatelsens gyldighet er forholdene på vedtakstidspunktet og den begrunnelsen som ble gitt i vedtaket.

Begrunnelsen i resolusjon er sammenfattet i to avsnitt. De første avsnittet gjelder de økonomiske virkningene av tiltaket:

«Departementet vurderer at de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet. Inntektene fordeles mellom lønnstakere og aksjonærer, og som skatteinntekter til kommuner og staten. Naustdal kommune vil få økte skatteinntekter fra bedriften gjennom inntekts- og eiendomsskatt, og fra økt sysselsetting gjennom skatt på alminnelig inntekt, eiendomsskatt og formuesskatt. Andre kommuner kan få økte inntekter gjennom inntektsskatt fra ansatte som bosetter seg i deres kommune. Overskuddet fra bedriften skattlegges med 28% som går til staten. I tillegg kommer en statlig inntekt fra arbeidsgiveravgiften, som for Naustdal ligger på 10,6%»

Tingrettens vurdering av økonomiske hensyn er oppsummert i to avsnitt på side 38 i dommen:

«Søksmålets springende punkt er om noen av de hensyn Tillatelsene er bygget på faller utenfor de hensyn som kan utgjøre "overriding public interest" etter art 4 nr 7.

Resolusjonen anså den samlede samfunnsnytte ved gruvevirksomhetens fremtidsinntekter fordelt mellom lønnstakere, aksjonærer og kommunale og statlige skattemottakere som den dominerende nytteeffekten for det norske samfunn som helhet. Tingretten finner ikke grunnlag for å konstatere at hensynet til de samlede fremtidsinntekter faller utenfor art 4 nr 7.»

Tingrettens resonnement består av tre ledd:

- (1) Tingretten tar som utgangspunkt at den skal prøve «de hensyn Tillatelsene er bygget på»
- (2) Tingretten fastslår at det er «gruvevirksomhetens fremtidsinntekter fordelt mellom lønnstakere, aksjonærer og kommunale og statlige skattemottakere» som er det dominerende hensynet
- (3) Tingretten konkluderer med at dette hensynet, «de samlede fremtidsinntekter», utgjør en «overriding public interest»

Miljøorganisasjonene har ingen innvendinger til de to første leddene i resonnementet. Uenigheten gjelder det siste leddet. Tingrettens konklusjon er identisk med en av statens anførsler, nemlig at de samlede inntektene fra prosjektet i seg selv er tilstrekkelig til å begrunne tiltaket. I statens siste prosesskriv anføres det også at

tillatelsen kunne ha vært begrunnet utelukkende ut fra hensynet om å tilrettelegge for inntekter til eierne av Nordic Mining AS.¹⁵

Miljøorganisasjonene er dypt uenige i disse anførselene, og det er denne uenigheten som er sakens kjerne. I det følgende vil vi redegjøre for betydningen av rene økonomiske hensyn (punkt 4.2). Deretter vil vi kommentere betydningen av aksjonærenes inntekter (punkt 4.3), skatteinntekter til stat og kommuner (punkt 4.4) og arbeidstakeres inntekter (punkt 4.5).

4.2 Generelt om økonomiske hensyn

4.2.1 Læren om tvingende allmenne hensyn

Formuleringen «overriding public interest» er velkjent i EU-retten. Unntaksvilkåret ble introdusert i avgjørelsen C-120/78 (Cassis de Dijon), som gjaldt spørsmålet om et inngrep i de fire friheter kunne rettferdiggjøres. Ved denne avgjørelsen etablerte EU-domstolen et ulovfestet unntaksvilkår. På engelsk omtales unntaksregimet som «matters of overriding public interest» eller «mandatory requirements».¹⁶ På norsk omtales det som læren om tvingende allmenne hensyn.

Unntaksvilkåret er utviklet av EU-domstolen og har senere blitt benyttet som unntaksvilkår på flere rettsområder i EU-retten. Et eksempel er tjenstedirektivet,¹⁷ hvor det blant annet er fremhevet at «overriding public interest» er et dynamisk konsept.¹⁸ I tjenstedirektivet er det også en opplisting av hensyn som har blitt akseptert som en «overriding public interest»:¹⁹

«The notion as recognised in the case law of the Court of Justice covers at least the following grounds: public policy, public security and public health, within the meaning of Articles 46 and 55 of the Treaty; the maintenance of order in society; social policy objectives; the protection of the recipients of services; consumer protection; the protection of workers, including the social protection of workers; animal welfare; the preservation of the financial balance of the social security system; the prevention of fraud; the prevention of unfair competition; the protection of the environment and the urban environment, including town and country planning; the protection of creditors; safeguarding the sound administration of justice; road safety; the protection of intellectual property; cultural policy objectives, including safeguarding the freedom of expression of various elements, in particular social, cultural, religious and philosophical values of society; the need to ensure a high level of education, the maintenance of press diversity and the promotion of the national language; the preservation of national historical and artistic heritage; and veterinary policy.»

De hensynene som er opplistet har det til felles at de skal ivareta kritiske og fundamentale samfunnsinteresser. Det hensynet som ikke har blitt akseptert, er økonomiske hensyn.²⁰

¹⁵ Statens prosesskriv av 8. mars 2024 s. 6.

¹⁶ Costa og Peers, *Steiner & Woods EU Law*, 14. utgave, 2020, s. 385.

¹⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EU av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked.

¹⁸ Tjenstedirektivets fortale punkt 40.

¹⁹ Tjenstedirektivets fortale punkt 40.

²⁰ Arnesen mfl., *Oversikt over EØS-retten*, 2022, s. 285: «Økonomiske hensyn er, som nevnt, ett av de hensyn som ikke anses som et allment hensyn». I samme retning, se Arnesen mfl. (2022) s. 167, Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, s. 334 og Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, s. 116.

Staten har i anketilsvaret av 1. mars 2024 og i tilsvaret av 13. januar 2023 vist til læren om tvingende allmenne hensyn.²¹ I tilsvaret til tingretten anførte staten at:²²

«Uttrykket må fortolkes i lys av EU-retten for øvrig. EU-domstolen bruker det tilnærmet samme uttrykket «overriding reasons in the public interest» for å betegne interessene som kan begrunne ulovfestede unntak fra restriksjonsforbudet under de fire frihetene, jf. f.eks. C-153/08 Kommisjonen mot Spania avs. 36. Disse ulovfestede unntakene er vanligvis oversatt til «allmenne hensyn» eller «tvingende hensyn» i norsk rett, se f.eks. Sejersted m.fl. (2011) s. 294.»

Dersom vanddirektivets vilkår tolkes i lys av denne læren, slik staten tar til orde for, er det klart at de hensynene som utgjør den «dominerende nytteeffekten» av Engebø-prosjektet faller utenfor vilkårets anvendelsesområde. EU-domstolen har lagt til grunn at læren om tvingende allmenne hensyn ikke omfatter rene økonomiske hensyn.²³

Unntaksvilkåret i vanddirektivet er neppe helt sammenfallende med denne læren. Det må likevel få betydning at en tilsvarende formulering ble valgt da vanddirektivet ble vedtatt i 2000, lenge etter at læren om tvingende allmenne hensyn var utviklet. Det må også få betydning at tilleggsformuleringen i habitatdirektivet, «including those of a social or economic nature», som ble vedtatt i 1992, ikke ble tatt inn i vanddirektivet. Dette taler med styrke for at unntaksvilkåret i vanddirektivet ikke er ment å omfatte rene økonomiske hensyn. Utgangspunktet må derfor være at slike hensyn ikke er omfattet, og at en utvidende tolkning krever særlige holdepunkter.

Rene økonomiske hensyn er uansett ikke omfattet av ordlyden «overriding public interest». Formuleringen «public» avgrenser mot private og individuelle interesser i gjennomføringen av et tiltak. Hensynet til virksomhetens, aksjonærenes og arbeidstakernes inntekter er private interesser, og kan derfor ikke utgjøre en «overriding public interest». Dette er interesser som er «solely in the interest of private companies or individuals».²⁴

Formåls- og systembetraktninger tilsier også at rene økonomiske hensyn ikke kan begrunne et unntak fra miljømålene og forringelsesforbudet i vanddirektivet. Vanddirektivet har til formål å legge til rette for en helhetlig beskyttelse og bærekraftig forvaltning av vannforekomster.²⁵ Ethvert kommersielt tiltak vil være begrunnet i en forventning om fremtidige inntekter. Skal direktivets formål få effektiv virkning, må det trekkes en grense mot slike alminnelige nyttevirkinger av et tiltak. Slike interesser kan derfor ikke utgjøre en «overriding public interest».

²¹ Anketilsvaret s. 7-8 og tilsvaret til stevningen s. 11

²² Statens tilsvaret til stevningen s. 11.

²³ Se f.eks. C-456/10 og C-220/12 avsnitt 43 med videre henvisninger: «Reasons of a purely economic nature cannot constitute overriding reasons in the public interest justifying a restriction of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty (see, by analogy, Case C-109/04 Kranemann [2005] ECR I-2421, paragraph 34 and the case-law cited, and Case C-384/08 Attanasio Group [2010] ECR I-2055, paragraph 55)».

²⁴ Se CIS Guidance Document No. 1 s. 220.

²⁵ Se vannforskriften § 1 første ledd, og vanddirektivet artikkel 1 bokstav a og b.

4.2.2 Praksis fra EU-domstolen som gjelder vanddirektivet

Staten har gjort gjeldende at rettspraksis fra EU-domstolen støtter at direkte og indirekte inntektsvirkninger utgjør en «overriding public interest». Staten har imidlertid ikke vist til noen avgjørelser fra EU-domstolen som eksplisitt eller implisitt har åpnet for at slike rene økonomiske hensyn oppfyller vilkåret. EU-domstolens avgjørelse i C-356/14 (Schwarze Sulm) og C-42/10 (Nomarchiaki) om vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 gjelder tiltak som løser viktige samfunnsoppgaver. Avgjørelsene gjelder ikke rene økonomiske hensyn, og de gir derfor ingen støtte til statens anførsler i vår sak.

Sak C-356/14 (Schwarze Sulm) gjaldt etableringen av et vannkraftanlegg, og tiltaket var egnet til å fremme omstillingen fra ikke-fornybare til fornybare energikilder. Omstillingen til fornybare energikilder er et satsningsområde innenfor EU, og i slike tilfeller vil et tiltak lettere bli akseptert.²⁶ Det nærmere innholdet i «overriding public interest» kom ikke på spissen i saken. Spørsmålet var om den østerrikske stat hadde foretatt en tilstrekkelig vurdering og gitt en tilstrekkelig begrunnelse for at det forelå en «overriding public interest».

I C-43/10 (Nomarchiaki) var tiltaket begrunnet i hensynet til drikkevannsforsyning i urbane områder, elektrisitetsproduksjon og irrigasjon. Sammenlignet med de rene økonomiske hensynene i vår sak, fremmet tiltaket i C-43/10 (Nomarchiaki) en mer grunnleggende samfunnsoppgave. Hensynet til tilstrekkelig drikkevannsforsyning er «as a rule» en «overriding public interest».²⁷ Om hensynet til elektrisitetsproduksjon og irrigasjon uttalte Generaladvokaten at disse hadde mer karakter av å være økonomiske hensyn, og at de derfor ikke var like viktige.²⁸

Adequate drinking water supply for the population is, as a rule, of overriding public interest and, moreover, is also generally of great importance for human health. Accordingly, the 15th recital in the preamble to the Water Framework Directive designates the supply of water as a service of general interest.

Furthermore, the Prefectural Authorities of Karditsa and Trikala rightly point out that Article 4(3)(a)(iii) of the Water Framework Directive in principle recognises, alongside drinking water supply, power generation and irrigation as legitimate public interests. However, the latter two interests are less important than drinking water supply, since they are primarily economic in nature.»

Hensynet til irrigasjon og elektrisitetsproduksjon er ikke rene økonomiske hensyn. Etter en konkret vurdering vil disse hensynene kunne anses som fundamentale og samfunnskritiske interesser. Særlig i Hellas, hvor tørke i jordbruket er et alvorlig problem, er irrigasjon nødvendig av hensyn til matproduksjonen. Selv om disse hensynene har en viss økonomisk karakter, er det klart at det ikke er tale om rene økonomiske hensyn.

Sammenfatningsvis: Den foreliggende rettspraksis om vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c gir ingen støtte for at rene økonomiske hensyn er relevante.

²⁶ Se Europaparlaments- og rådsdirektiv 2023/2413/EU av 18. oktober om endring av direktiv 2018/2001/EU, forordning 2018/1999/EU og direktiv 98/70/EF med hensyn til fremme av bruken av fornybar energi, og om oppheving av rådsdirektiv 2015/652/EU artikkel 16 f: «Member States shall ensure that, in the permit-granting procedure, the planning, construction and operation of renewable energy plants, the connection of such plants to the grid, the related grid itself, and storage assets are presumed as being in the overriding public interest».

²⁷ Generaladvokatens uttalelse i C-43/10 avsnitt 85.

²⁸ C-43/10 avsnitt 85 og 86.

4.2.3 Praksis fra EU-domstolen som gjelder habitatdirektivet

Videre har staten i anketilsvaret og etterfølgende prosesskriv vist til praksis fra EU-domstolen om habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4. Staten har særlig vist til C-404/09 (Kommisjonen mot Spania) og C-182/10 (Solvay).

I sak C-404/09 (Kommisjonen mot Spania) hadde den spanske stat gitt tillatelse til gruvedrift uten at det var foretatt en tilstrekkelig utredning av miljøkonsekvenser. Tillatelsen var derfor ugyldig. Spørsmålet om tiltaket var begrunnet i en «overriding public interest» kom dermed ikke på spissen. Staten har vist til en generell bemerkning, som ikke var nødvendig resultatet, om betydningen av gruvedrift for lokalsamfunnet:²⁹

«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, that provision can apply only after the implications of a plan or project have been studied in accordance with Article 6(3) of that directive.»

Domstolen åpner altså for at en gruvevirksomhet kan ha så stor betydning for den lokale økonomien at det utgjør et «overriding public interest» i habitatdirektivets forstand.

Generaladvokaten har gjengitt tiltakets begrunnelse:³⁰

«Consequently, the Spanish authorities cannot, in principle, be criticised for assuming that the continued operation of the mines was supported by imperative reasons of overriding public interest – namely security of energy supply, jobs and the final nature of authorisations – and for ruling out alternatives.»

Tiltaket var altså begrunnet med to hensyn: energiforsyning og opprettholdelse av allerede etablerte arbeidsplasser. Det er disse to hensynet som samlet omtales som «the local economy». I tillegg var det et spesielt moment i denne saken, nemlig at flere at gruveprosjektene var etablert før habitatdirektivet var vedtatt («the final nature of authorisations»).

Dommen gir ingen støtte for at det er relevant å legge vekt på de samlede inntektene fra gruvevirksomheten, herunder inntekter til aksjonærer og staten. Den åpner imidlertid for at hensynet til lokal sysselsetting kan være relevant ved anvendelse av habitatdirektivet. Dette behandles nærmere nedenfor i punkt 5.2.

Fortolkningsavgjørelsen C-182/10 (Solvay) gjaldt spørsmålet om etableringen av et «management centre» og utbygging av infrastruktur oppfylte vilkårene i habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4. Den belgiske stat stilte blant annet spørsmål om:³¹

«6. In the event of a negative reply to Question 5, must Article 6(4) of [the Habitats] Directive ... be interpreted as permitting the creation of infrastructure designed to accommodate the management centre of a private company and a large number of employees to be regarded as an imperative reason of overriding public interest?»

²⁹ C-404/09 avsnitt 109. Se også avsnitt 153 og 154.

³⁰ Generaladvokatens uttalelse i C-404/09 avsnitt 154.

³¹ C-182/10 avsnitt 26.

Selv om tiltaket i Solvay ville generere «a large number of employees», la EU-domstolen likevel til grunn at:³²

«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.

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

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.

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.»

Etter miljøorganisasjonenes syn, trekker staten slutninger fra denne avgjørelsen som det ikke er grunnlag for. Domstolen fastslår at bare et tiltak kan oppfylle kravet til overriding public interest selv om det utføres i regi av en privat aktør. Dette er ikke omtvistet. Vannkraftverk er et nærliggende eksempel på dette.

For øvrig gir uttalelsen begrenset veiledning. Det påpekes at vilkårene bare vil være oppfylt i ekstraordinære tilfeller («exceptional circumstances»). I det neste avsnittet formulerer domstolen to kriterier:

- 1) Det kreves at prosjektet “in fact by its very nature and by its economic and social context presents an overriding public interest”
- 2) Det kreves at det ikke finnes alternative løsninger

Formuleringen «exceptional circumstances» er ment å understreke at terskelen for å oppfylle disse kriteriene er svært høy.

Det er naturlig at det første kriteriet inneholder formuleringen «economic and social context». Dette knytter an til ordlyden i habitatdirektivet, som på dette punktet avviker fra vanddirektivet.

Uttalelsen gir ingen støtte for at en tillatelse kan begrunnes med virksomhetens forventede overskudd. Den viser tvert imot at dette ikke tilstrekkelig til å utgjøre en «overriding public interest», heller ikke i et tilfelle hvor det kombineres med et hensyn om å skape stort antall nye arbeidsplasser.

Staten har likevel, med henvisning til denne avgjørelsen, anført i prosesskrivet av 8. mars 2024 at hensynet til aksjonærenes inntekter alene kan utgjøre en «overriding public interest»:

«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

³² C-182/10 avsnitt 75-78.

kan ligge hvor som helst, er gruvedrift strengt stedbunden virksomhet. 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 «exceptional circumstances» i denne saken er for øvrig en del av subsumsjonen, som det ikke er aktuelt å forelegge.»³³

Vi forstår det slik at staten opererer med «exceptional circumstances» som et selvstendig vurderingstema. Ifølge staten er det to grunner til at en slik test er oppfylt i vår sak. For det første er tiltaket «et stort industriprosjekt i norsk skala». For det annet er virksomheten «strengt stedbunden».

Etter miljøorganisasjonenes syn er de tre feil i dette resonnementet:

- Formuleringen «exceptional circumstances» er ikke ment som et eget løsrevet vurderingstema eller unntaksvilkår, men som en beskrivelse av den høye terskelen for at det skal foreligge «overriding public interest». Det sentrale i vurderingen er ikke om selve industriprosjektet er uvanlig eller ekstraordinært, men om det er nødvendig for å oppfylle grunnleggende samfunnsbehov.
- Det at prosjektet er stort, eller at det er stedbundet, sier ikke noe om hvorvidt tiltaket er egnet til å oppfylle grunnleggende samfunnsbehov.
- Det kan ikke trekkes slutninger fra dommen om at det er viktig å legge til rette for aksjonærenes kapitalavkastning. Domspremissene nevner ikke dette hensynet.

4.3 Særlig om inntekter til aksjonærene

Dersom virksomheten er lønnsom, vil aksjonærene motta kapitalinntekter. Det er to grunner til at slike inntekter ikke er relevante:

- Inntekter til aksjonærene er ikke en «public interest» i vanndirektivets forstand. Det vil være korrekt å inkludere slike inntekter i en ordinær samfunnsøkonomisk analyse. Det vil også kunne være relevant ta hensyn til slike inntekter i en ordinær kost nytte-vurdering, for eksempel i en vurdering etter forurensningsloven § 11. Vanndirektivet forutsetter imidlertid at det trekkes et skille mellom private interesser og allmenne interesser.
- Inntekter til aksjonærene er heller ikke en «overriding public interest» i vanndirektivets forstand. Som forklart i punkt 4.2 ovenfor, vil økonomiske hensyn ikke være viktige nok.

4.4 Særlig om skatteinntekter til stat og kommune

I tillatelsen er det lagt stor vekt på at staten og kommunen vil motta økte skatteinntekter. Dette er ikke et relevant hensyn:

- Hensynet til økte skatteinntekter er et rent økonomisk hensyn. Som forklart i punkt 4.2 ovenfor, vil økonomiske hensyn ikke være viktige nok.
- Det finnes dessuten en rekke uttalelser fra både EU- og EFTA-domstolen som uttaler seg helt konkret om betydning av fiskale hensyn. Praksisen er entydig. Slike hensyn kan ikke rettferdiggjøre unntak fra

³³ Prosesskrivet av 8. mars 2024 s. 6.

diskrimineringsforbudet.³⁴ Det eneste hensynet som har vært akseptert, er hensynet til sammenheng i skattesystemet («cohesion of the national tax system»). Det sistnevnte hensynet er ikke aktuelt i vår sak. Denne praksisen har overføringsverdi til unntaksvilkåret i vanddirektivet.

4.5 Særlig om inntekter til lønnstakere

De samlede inntektene fra gruvevirksomheten vil bli fordelt mellom aksjonærene, stat og kommune, samt lønnstakerne. Miljøorganisasjonene vil innledningsvis bemerke at inntekter til lønnstakere er den klart minste komponenten:

- De økonomiske analysene som ligger til grunn for beregningen av forventede inntekter, viser at gruve-selskapets lønnskostnader vil være beskjedne sammenlignet med forventede kontantstrømmer fra virksomheten.³⁵
- Lønnstakernes inntekter vil bli beskattet. Dette er allerede hensyntatt ved at forventede skatteinntekter inngår som en vesentlig del av begrunnelsen for tillatelsen. Man kan ikke telle den samme inntekten to ganger. Det er derfor bare relevant å ta hensyn til lønnstakernes inntekt *etter* skatt.
- Det var eksepsjonelt lav arbeidsledighet i Naustdal i den aktuelle perioden. Staten har selv fremlagt dokumentasjon i anketilsvaret som viser at arbeidsledigheten var ca. 2 %. Det var også lav ledighet i resten av landet. Det var derfor sannsynlig at inntektsfordelen i hovedsak ville gå til utenlandske arbeidstakere. Dette er bakgrunnen for bemerkningen i Miljødirektoratets vurdering (U 3770):

«Fordi det er svært lav arbeidsledighet i Norge forventes det at norsk arbeidskraft ellers i stor grad ville ha blitt sysselsatt i andre prosjekter. Dersom prosjektet sysselsetter arbeidstakere fra land med høy ledighet er dette selvfølgelig positivt. I en samfunnsøkonomisk analyse for Norge vil dette imidlertid være av mindre betydning.»

Denne gjennomgangen viser at det er skatteinntekter til det offentlige og kapitalinntekter til aksjonærene som er de klart viktigste økonomiske hensynene. Dersom disse to hensynene ikke er relevante, vil tillatelsen være ugyldig.

Miljøorganisasjonene vil uansett anføre at inntekter til lønnstakere ikke er et relevant hensyn:

- Inntekter til lønnstakere er ikke en «public interest». Vanddirektivet forutsetter at det trekkes et skille mellom private interesser og allmenne interesser.
- Inntekter til lønnstakere er heller ikke en «overriding public interest» i vanddirektivets forstand. Som forklart i punkt 4.2 ovenfor, vil økonomiske hensyn ikke være viktige nok.

En virkning av at tiltaket gjennomføres, er at etterspørselen etter arbeidskraft vil øke. Betydningen av sysselsettingsvirkningene drøftes nedenfor i punkt 5.2.

³⁴ Arnesen mfl. (2022) s. 285 med videre henvisning til C-136/00. Et annet eksempel er C-340/22.

³⁵ I Miljødirektoratets anbefaling er det, som en del av kunnskapsgrunnlaget, henvist til en rapport fra Sintef, se anbefalingens punkt (U 3765). I rapporten fra Sintef er det gitt en oversikt over forventede kontantstrømmer og lønnskostnader, se tabell 16 (U 1404).

4.6 Spørsmålsutforming

Vi vil foreslå at lagmannsretten stiller følgende spørsmål:

- 3) Kan følgende økonomiske hensyn utgjøre en «overriding public interest» etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7, og i så fall under hvilke forutsetninger?**
- a. Rene økonomiske hensyn**
 - b. At en privat næringsvirksomhet vil gi inntekter til aksjonærene**
 - c. At en privat næringsvirksomhet vil gi skatteinntekter til stat og kommune**
 - d. At en privat næringsvirksomhet vil gi lønnsinntekter til arbeidstakerne**

Oppbyggingen av spørsmål nr. 3 ligger tett opp til det andre spørsmålet i E-4/22 Stendi AS & Nordlandia Care Norge AS mot Oslo Kommune. Spørsmål om hvilke hensyn som på generelt grunnlag kan utgjøre en «overriding public interest», vil vanskelig kunne besvares uttømmende, se f.eks. E-2/21 Norep AS mot Haugen Gruppen AS avsnitt 52. For at den rådgivende uttalelsen skal gi mest mulig veiledning i ankesaken, er det etter miljøorganisasjonenes syn hensiktsmessig at det også stilles spørsmål om betydningen av konkrete hensyn.

5 FJERDE SPØRSMÅL: OM ANDRE HENSYN KAN UTGJØRE EN «OVERRIDING PUBLIC INTEREST»

5.1 Innledning

Begrunnelsen i resolusjonen består av to avsnitt. Det første avsnittet, som gjelder økonomiske hensyn, er sitert ovenfor i punkt 4.1. Det andre avsnittet lyder slik:

«Disse økte inntektene er vurdert å ha stor positiv effekt. Gruvevirksomheten vil også medføre sysselsetting. Prisene på rutil vil variere over tid, men dette er forhold virksomheten vil ta i betraktning ved vurdering av tiltakets lønnsomhet. Uttak fra forekomsten i Engebøfjellet vil kunne dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år, da rutilforekomsten i Engebøfjellet representerer en av de største kjente forekomstene i fast fjell. Denne virksomheten vil derfor kunne sikre økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv. Lokalt vil en økning i skatteinntekter og sysselsetting kunne ha vesentlig betydning. Alt i alt forventes tiltaket å ha stor positiv effekt for bosetting lokalt, ikke minst Naustdal som er en relativt liten kommune som lenge har vært inne i en svakt fallende befolkningsutvikling.» (U 1877, 1887-1888)

Det fremgår klart av resolusjonen at de fremtidige inntektene fra gruveprosjektet er den dominerende begrunnelsen for tiltaket. Etter miljøorganisasjonenes syn er tillatelsen ugyldig dersom EFTA-domstolen uttaler at hensynet til de samlede inntektene ikke kan utgjøre en «overriding public interest», jf. punkt 4 ovenfor.

Staten anfører at det finnes tre andre hensyn som hver for seg er tilstrekkelige til at vedtaket er gyldig. Disse tre hensynene behandles nedenfor: sysselsettingsvirkninger (punkt 5.2), tilgangen på rutil globalt (punkt 5.3) og hensynet til å sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler (punkt 5.4).

5.2 Sysselsettingsvirkningene

Tingretten har lagt til grunn at:³⁶

«hensynet til sysselsetting og etablering av nye arbeidsplasser i forholdsvis gravgrendte strøk i Vestlandet fylke ikke faller utenfor «overriding public interest» etter art 4 nr 7»

Miljøorganisasjonene vil bemerke at sysselsettingshensyn ikke fremstår som en selvstendig begrunnelse for tillatelsen, men kun som et støtteargument.³⁷

Årsaken til at sysselsettingshensyn ikke tillegges stor vekt, er at det allerede var god sysselsetting i området og i Norge, slik at behovet for arbeidskraft i stor grad måtte dekkes med arbeidere fra utlandet. I bilag 1 i statens anketilsvar er det lagt til grunn at arbeidsledigheten i Naustdal kommune er på ca. 2 prosent. Selv om det er en betydelig andel pendlere i Naustdal, er det ikke et presserende behov for flere arbeidsplasser i regionen.³⁸ Det ble heller ikke gjort grundige beregninger av forventede lokale endringer i sysselsetting eller folketall.³⁹

Hensynet til sysselsettingsvirkninger kan som det klare utgangspunkt *ikke* utgjøre en «overriding public interest». Vi vil i det følgende redegjøre for hvordan hensynet har blitt forstått i rettspraksis.

EU-domstolens rettspraksis om *vanndirektivet* gir ingen veiledning for sysselsettingsvirkningers betydning i vurderingen av «overriding public interest». Vi viser til omtalen av C-43/10 (Nomarchiaki) og C-346/14 (Schwarze Sulm) i punkt 4.2.2.

Staten har lagt stor vekt på enkeltuttalelser i rettspraksis tilknyttet *habitatdirektivet* artikkel 6 nr. 4, og argumentert for at sysselsettingsvirkninger i seg selv er tilstrekkelig for at «overriding public interest» er oppfylt. De to sentrale avgjørelsene er C-404/09 (Kommissjonen mot Spania) og C-182/10 (Solway). Disse avgjørelsene kommenteres nedenfor.

Som nevnt i punkt 4.2.3 ovenfor, er det i sak C-404/09 (Kommissjonen mot Spania) en bemerkning som åpner for at en gruvevirksomhet kan ha så stor betydning for den lokale økonomien at det utgjør en «overriding public interest» i habitatdirektivets forstand.

Miljøorganisasjonene vil fremheve at:

- Tiltaket var begrunnet med to lokale hensyn: energiforsyning og opprettholdelse av allerede etablerte arbeidsplasser. Det er disse to hensynene som samlet omtales som «the local economy». I tillegg var det et spesielt moment i denne saken, nemlig at flere av gruveprosjektene var etablert før habitatdirektivet var vedtatt («the final nature of authorisations»).

³⁶ Tingrettens dom s. 38.

³⁷ Se gjengivelse fra tillatelsen i punkt 4.1 og 5.1.

³⁸ Se bilag 1 i anketilsvaret, «Vedtak fra IK-utvalget i Statens nærings- og distriktsutviklingsfond med innstilling 14.1.98», pkt. 7.2 tredje avsnitt.

³⁹ Fra Sintef-rapporten «Økonomiske ringvirkninger av mineralbrudd i Engebøfjellet», Stokka mfl., 31.01.2013 s. 19: «Vi har ikke forsøkt å beregne endringer i sysselsetting eller befolkning for Naustdal, men lagt til grunn skjønnsmessige antakelser om hvor stor andel av sysselsettingen som kan være bosatt i kommunen i 2017 og 2028. [...] Det vil antakelig være en større andel av de ansatte i Nordic Mining som vil bosette seg i Naustdal enn ansatte i underleverandørbedrifter, først og fremst fordi de sistnevnte vil være lokalisert på ulike steder i regionen. Vi har derfor antatt at 10 % av de ansatte i Nordic Mining vil være bosatt i Naustdal i 2017, økende til 30 % i 2028. Det siste forutsetter imidlertid en aktiv boligpolitikk fra kommunen sin side.»

- Det er ikke omtvistet at hensynet til energiforsyning kan utgjøre enn «overriding public interest». Dette fremgår også av C-346/14 (Schwarze Sulm).
- Domstolen tok ikke stilling til om de to lokaløkonomiske hensynene utgjorde en overriding public interest. Saken ble avgjort på annet grunnlag, nemlig at miljøkonsekvensene ikke var tilstrekkelig utredet. Men domstolen uttalte generelt at hensynet til lokaløkonomi er «capable of constituting an imperative reason of overriding public interest within the meaning of Article 6(4) of the Habitats Directive»
- Domstolen vurderte ikke betydningen av sysselsettingshensynet isolert, men vurderte det i sammenheng med hensynet til energiforsyning
- Det er viktige faktumsforskjeller mellom vår sak og C-404/09 (Kommissjonen mot Spania). Det er velkjent at nedleggelse av eksisterende gruvesamfunn kan skape store samfunnsproblemer, herunder massearbeidsledighet. I C-404/09 (Kommissjonen mot Spania) var det tale om flere eksisterende gruveprosjekter, som hadde fått tillatelse før habitatdirektivet ble vedtatt og 25 år før saken ble behandlet i EU-domstolen.⁴⁰ Andre gruveprosjekter hadde fått tillatelse i nyere tid. Dersom gruvene skulle bli nedlagt som følge av etterfølgende EU-krav, ville en hjørnesteinsbedrift og viktige arbeidsplasser i området gå tapt. I vår sak gjør ikke disse betraktningene seg gjeldende, da det er tale om nye arbeidsplasser i et område uten arbeidsledighet.

I C-182/10 (Solvay) stilte den belgiske stat spørsmål om betydningen av sysselsettingshensyn i vurderingen av habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4:⁴¹

«6. In the event of a negative reply to Question 5, must Article 6(4) of [the Habitats] Directive ... be interpreted as permitting the creation of infrastructure designed to accommodate the management centre of a private company and a large number of employees to be regarded as an imperative reason of overriding public interest?»

Avgjørelsen er gjennomgått i punkt 4.2.3 ovenfor. Den gir ingen støtte for at en tillatelse alene kan begrunnes ut fra hensynet om at tiltaket skaper et stort antall nye arbeidsplasser. EU-domstolen konkluderte med at vilkåret «overriding public interest» ikke var oppfylt.

Sammenfatningsvis: EU-domstolen har ikke gitt nærmere retningslinjer for når sysselsettingshensyn og hensynet til lokal økonomi eventuelt kan være tilstrekkelig tungtveiende til å rettferdiggjøre et unntak fra forringelsesforbudet. Spørsmålet kommer bare på spissen dersom det er tale om en svært utsatt region med høy arbeidsledighet. Tilsvarende har blitt lagt til grunn i juridisk teori:⁴²

«This means that the enlargement of a harbour or the construction of a road network cannot be authorized for the simple reason that it satisfies particular economic requirements (for example, job creation or local economic development), but rather because it is intended to satisfy an overriding public interest (for example, the opening up of a particularly isolated region, the necessity of substantially raising the standard of living of the local population)»

⁴⁰ Generaladvokatens uttalelse avsnitt 26-28.

⁴¹ C-182/10 avsnitt 24.

⁴² De Sadeleer (2005), «Habitats Conservation in EC Law – From Nature Sanctuaries to Ecological Networks», *The Yearbook of European Environmental & Planning Law*, s. 215-252 på s. 249.

Det er behov for en rådgivende uttalelse som avklarer om, og eventuelt under hvilke forutsetninger, det er relevant at en privat næringsvirksomhet vil gi sysselsettingsvirkninger (sysselsetting, bosetting og økt lokal næringsaktivitet).

5.3 Tilgangen på rutil globalt

I resolusjonen er etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet omtalt slik:

«[...] Uttak fra forekomsten i Engebøfjellet vil kunne dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år, da rutilforekomsten i Engebøfjellet representerer en av de største kjente forekomstene i fast fjell. Denne virksomheten vil derfor kunne sikre økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv. [...]»

Partene er uenige om betydningen av denne formuleringen. Staten hevder at det å sikre tilgang til rutil globalt er en del av begrunnelsen for tillatelsen, og at dette hensynet alene er tilstrekkelig til å begrunne tiltaket.

Etter miljøorganisasjonenes syn er det ikke naturlig å forstå begrunnelsen i resolusjonen slik. Resolusjonen nevner «etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet», men den forventede etterspørselen inngår bare i et resonnement som leder frem til at virksomheten vil kunne «gi økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv».

Vedtaket inneholder ingen nærmere begrunnelse for hvorfor det skulle være et viktig hensyn for Norge å bidra til en redusert pris på rutil på verdensmarkedet. Norge var allerede en nettoeksportør av titanråstoff og var derfor ikke tjent med dette. I Miljødirektoratets anbefaling uttrykkes det tvert imot en bekymring for at prisen på rutil skal fortsette å falle:

«Prisen på rutil har variert kraftig de senere årene. Fra et nivå på USD 2500 per tonn i 2011 har den falt til dagens pris på USD 1000 per tonn. Dersom prisen skulle falle ytterligere og stabilisere seg på et betydelig lavere nivå, vil ikke prosjektet framstå som like lønnsomt, verken bedriftsøkonomisk eller samfunnsøkonomisk. Utvinningsgraden av rutil har vi ingen forutsetninger for å kunne vurdere, men vi forventer at det bedriften legger til grunn er realistisk. I bedriftens følsomhetsvurdering har prosjektet fortsatt god lønnsomhet selv med et fall i rutilprisen eller utvinningsgrad av rutil på 20 % (Nordic Mining, 2015). Dollarkursen har siden beregningene ble gjennomført økt fra 5,6 kr. per USD til 7,8 kr. per USD (pr. januar, 2015) noe som ifølge bedriften vil trekke i retning av betydelig økt lønnsomhet. Vi vurderer dette som rimelig.

Miljødirektoratets vurdering er at bedriften har gitt tilstrekkelig dokumentasjon for at dette er et prosjekt som med høy sannsynlighet vil gi store inntekter til samfunnet.»

Dette underbygger det som også fremgår av resolusjonen, nemlig at det er de forventede inntektene fra gruvevirksomheten som er den dominerende begrunnelsen.

Miljøorganisasjonene vil uansett bestride at det å bidra til å dekke den globale etterspørselen i seg selv er en «overriding public interest». De nye EU-reglene om kritiske mineraler illustrerer at det er det å sikre strategisk tilgang til et kritisk materiale innenfor et avgrenset geografisk område, for eksempel Norge, Europa eller NATO, som etter en konkret vurdering vil kunne utgjøre en «overriding interest».

5.4 Sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler

I de senere år har det blitt lagt større vekt på at Europa bør være selvforsynt med kritiske mineraler. Miljøorganisasjonene er enige i at dette hensynet – etter en konkret vurdering – kan utgjøre en «overriding public interest». På samme måte som i Schwarze Sulm-saken referert ovenfor, vil det ikke være tilstrekkelig med en generell henvisning til dette hensynet. Da vedtaket ble fattet, ble dette hensynet ikke tillagt vekt. Dersom staten nå ønsker å gi tillatelse basert på dette hensynet, må det eventuelt fattes et nytt vedtak hvor dette begrunnes nærmere. Miljøorganisasjonene vil bestride at Engebø-prosjektet i sin nåværende utforming er strategisk viktig for Norge. Det kan i den forbindelse nevnes at det hovedsakelig skal produseres fargepigment og at en vesentlig andel av produksjonen er planlagt eksportert til Asia.

5.5 Spørsmålsutforming

Det er ikke nødvendig at retten, allerede før det tas en beslutning om foreleggelse, tar stilling til nøyaktig hvordan vedtaket er begrunnet. Spørsmålsskrivet kan utformes slik at EFTA-domstolen uttaler seg om alle de hensyn som er påberopt i saken. Dette vil være i tråd med anbefalingene i veilederen punkt 6.

Vi vil derfor foreslå at lagmannsretten stiller følgende spørsmål:

- 4) Kan følgende hensyn utgjøre en «overriding public interest» etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7, og i så fall under hvilke forutsetninger?**
- a. At en privat næringsvirksomhet vil gi sysselsettingsvirkninger (økt lokal næringsaktivitet, sysselsetting og bosetting)**
 - b. Tilgangen på rutil globalt**
 - c. Sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler**

Spørsmål nr. 4 er bygget opp på samme måte som spørsmål 3, og det vises til bemerkningene om spørsmålsutforming i punkt 4.6 ovenfor. Om ønskelig kan spørsmål 3 og 4 slås sammen til ett spørsmål.

6 FORELEGGELSE VIL VÆRE HENSIKTSMESSIG

6.1 Innledning

Det følger av domstolloven § 51 a at dersom en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av en EØS-rettslig bestemmelse, kan den forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen.

Det er forberedende dommer som treffer beslutning om foreleggelse.

I veilederen beskrives formålet med ordningen slik:

«Det sentrale formålet med EØS-avtalen er å etablere et økonomisk samarbeidsområde basert på de samme reglene og like konkurransevilkår.

En grunnleggende forutsetning for at EØS-avtalen skal fungere etter sitt formål, er at like regler tolkes og anvendes likt av alle EØS-statene (per i dag 28 EU-stater og tre EFTA-stater).

Adgangen til foreleggelse for EFTA-domstolen skal bidra til dette. Ordningen bygger på et prinsipp om samarbeid der EFTA-domstolen bistår den nasjonale domstolen med å tolke EØS-retten, mens det er overlatt til den nasjonale domstolen alene å ta stilling til faktum (bevisbedømmelsen) og innholdet i nasjonal rett. Som utgangspunkt vil det dermed også være overlatt til den nasjonale domstolen å anvende EØS-retten på det konkrete saksforholdet.»

I veilederens punkt 5 gis det en oversikt over de momentene som er sentrale i vurderingen av om et spørsmål skal forelegges. Disse momentene kommenteres fortløpende nedenfor. Kommentarene er i hovedsak de sammen som i anken, men de er oppdatert og utvidet på enkelte punkter i lys av det som har fremkommet i etterfølgende prosesskriv.

6.2 Spørsmålet gjelder tolkning av EØS-rett

Det er klart at ankesaken reiser et viktig EØS-rettslig spørsmål. Partene er enige om at vannforskriften skal tolkes i samsvar med vanddirektivet. Uenigheten gjelder dermed forståelsen av vilkåret om «overriding public interest» i vanddirektivet. Dette vilkåret er ment å fungere som en felles minstestandard i hele EU og EØS.

6.3 Spørsmålet gjelder ikke bevisbedømmelse eller subsumsjon

Det er kun selve tolkningen av EØS-retten som kan forelegges. EFTA-domstolen kan ikke uttale seg om bevisbedømmelsen. Det er heller ikke EFTA-domstolens oppgave å anvende EØS-regelen på det konkrete saksforholdet (subsumsjonen).

Som påpekt i veilederen, vil EFTA-domstolen likevel godta spørsmål som er nært knyttet til sakens faktum. I enkelte tilfeller vil EFTA-domstolen gå langt i å utbrodere tolkningen av EØS-retten, slik at det i praksis blir lite igjen til den konkrete subsumsjonen. I HR-2016-2554-P uttalte Høyesterett (avsnitt 78):

«Det EFTA-domstolen skal uttale seg om i rådgivende tolkingsuttalelser, er tolkningen av EØS-retten, se ODA artikkel 34 første ledd. Bevisbedømmelsen hører under de nasjonale domstolene. Det samme gjelder i utgangspunktet den konkrete subsumsjon, men her går det ikke noe skarpt skille. Hvor langt EFTA-domstolen vil gå i å utpensle EØS-retten i detalj i en tolkingsuttalelse, beror blant annet på de spørsmål som den nasjonale domstol har stilt, og hvor detaljert faktum er angitt i spørsmålsskriftet.»

Vi har i dette prosesskrivet vist at det er mulig å utforme spørsmålene til EFTA-domstolen på en slik måte at den rådgivende uttalelsen vil gi god veiledning for lagmannsretten. Det kan stilles spørsmål som vil avklare om tingrettens direktivtolkning er riktig. EFTA-domstolen vil også kunne gi presiserende retningslinjer, for eksempel ved å angi momenter som kan vektlegges i vurderingen.

6.4 Det er tvil om forståelsen av EØS-retten

I statens siste prosesskriv fremgår det at motstanden mot foreleggelse «først og fremst» er begrunnet med at «det ikke er nødvendig med foreleggelse fordi spørsmålene motparten ønsker å forelegge ikke fremstår som spesielt tvilsomme».

Som det fremgår ovenfor, mener miljøorganisasjonene at statens tolkning er uriktig. Tingrettens konklusjon er også basert på en uriktig direktivtolkning, nemlig en utvidende tolkning som innebærer at «overriding public interest» også omfatter rene økonomiske hensyn. Dersom staten ønsker at lagmannsretten skal opprettholde tillatelsen med en ny begrunnelse, reiser dette nye tvilsomme EØS-spørsmål.

Det gjelder for øvrig ikke noe krav om at tolkningsspørsmålene skal være «spesielt tvilsomme», slik staten har antydnet. Det fremgår av veilederen punkt 5.4 at det må «knytte seg en viss tvil til tolkningen av EØS-retten».

Miljøorganisasjonene vil også vise til Arnesen m.fl., Oversikt over EØS-retten (2022), side 510:

«I sak 283/81 CILFIT uttalte EU-domstolen at plikten til å innhente forhåndsuttalelser gjelder så lenge det er rimelig tvil om tolkningen av de EU-rettslige reglene som gjør seg gjeldende i saken. For at nasjonale domstoler i siste instans kan unnlate å innhente forhåndsavgjørelse, må den med andre ord finne det EU-rettslige spørsmålet i saken rimelig utviklsomt. Samtidig må domstolen være overbevist om at verken domstoler i øvrige medlemsstater eller EU-domstolen vil være i tvil om avgjørelsen.»

Videre heter det på side 511:

«Selv om EFTA-statenes domstoler ikke har plikt til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen, er det et annet spørsmål når nasjonale domstoler bør innhente en rådgivende uttalelse. Basert på prinsippet om lojalitet kan det hevdes at norske domstoler, og kanskje særlig Høyesterett, et stykke på vei burde følge EU-domstolens kriterier i CILFIT ved vurderingen av hvorvidt en rådgivende uttalelse bør innhentes.»

6.5 Spørsmålet er relevant for løsningen av saken

Under tingrettsbehandlingen anførte miljøorganisasjonene flere alternative grunnlag for ugyldighet. Det var derfor usikkert om EØS-spørsmål ville komme på spissen.

Staten fremhever i anketilsvarets punkt 4.3.1 at ingen av partene anmodet om foreleggelse da saken sto for tingretten. Deretter uttaler staten at det ikke kan «sees å ha tilkommet nye omstendigheter som tilsier at saken forelegges nå».

For lagmannsretten er saken begrenset til vanndirektivet. Tingrettens dom viser at denne delen av saken reiser prinsipielle spørsmål om direktivtolkning. Det er derfor helt sikkert at en rådgivende uttalelse vil være relevant for løsningen av saken.

6.6 En veiledende uttalelse kan gi viktige prinsipielle avklaringer

Det fremgår av veilederens 5.6 at retten også kan legge vekt på om problemstillingen har «betydning utover den aktuelle saken». Det er klart at saken reiser spørsmål som vil oppstå i et stort antall fremtidige saker, særlig spørsmålet om betydningen av økonomiske hensyn. Det er oppsiktsvekkende at Miljødepartementet mener at en forringelse av vannressurser kan begrunnes utelukkende ut fra hensynet om å tilrettelegge for inntekter til private eiere av en næringsvirksomhet. For miljøorganisasjonene er det viktig å få korrigert dette, slik at miljøforvaltningen kan legge en riktig rettslig forståelse til grunn i fremtidige saker.

6.7 Det vil være mest prosessøkonomisk at foreleggelse skjer i denne instansen

Miljøorganisasjonene har et sterkt ønske om å begrense ressursbruken for lagmannsretten. Ved å forelegge spørsmålet, vil det være mulig å få avklart prinsipielle spørsmål knyttet til vanndirektivet gjennom en prosess som i all hovedsak er skriftlig. En stor del av dette arbeidet er allerede utført.

En foreleggelse vil dessuten legge til rette for at spørsmålet kan bli grundig belyst med bidrag fra EU-kommisjonen, ESA og andre medlemsstater, uten at dette vil påføre miljøorganisasjonene ekstra kostnader.

Det er sannsynlig at en eventuell ankeforhandling i lagmannsretten vil kunne forenkles vesentlig. Det vil også være mer sannsynlig at saken kan avsluttes i lagmannsretten. Miljøorganisasjonene vurderer det derfor slik at en foreleggelse vil være kostnadsbesparende. Det er uansett viktigst å sikre at lagmannsrettens avgjørelse bygger på en korrekt anvendelse av vanndirektivet, og at det ikke utvikles en særegen norsk rettsstilstand basert på praksis knyttet til forurensningsloven § 11.

Foreleggelse bør ikke utsettes til saken skal behandles i Høyesterett. En slik utsettelse vil kunne øke både kostnadene og den samlede tidsbruken frem til rettskraftig dom. Saken er allerede tilstrekkelig avgrenset og avklart.

* * *

Prosesskrivet lastes opp i Aktørportalen av advokat Amund Noss på vegne av begge prosessfullmektiger for de ankende parter.

* * *

Oslo, 20. mars 2024
CMS Kluge Advokatfirma AS



Asle Bjelland
advokat



Amund Noss
advokat