

Saksnummer:
24-036660ASD-BORG/01

Oslo, 03.04.2024
2022-0922 HVA/KME

Prosesskriv til Borgarting lagmannsrett

Ankende parter: Natur og Ungdom
Postboks 4783 Sofienberg
0506 OSLO

Norges Naturvernforbund
Mariboegate 8
0183 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 Mellinger

Begge: Regjeringsadvokaten, Postboks 8012 Dep, 0030 OSLO

1 RAMMENE FOR PROSESSKRIVET

Det vises til ankende parters prosesskriv 21. mars 2024 med frist for merknader 5. april.

Denne side har grundig redegjort for sitt syn på foreleggelsesspørsmålet i anketilsvaret punkt 4 og i prosesskrivet 8. mars 2024. Denne side vil her derfor nøye seg med å kommentere rettskildene som fremkommer i ankende parters siste prosesskriv.

Som tidligere nevnt, avventer denne side med å kommentere utformingen av eventuelle spørsmål til EFTA-domstolen til foreleggelse er avklart. Denne side finner heller ikke grunn til å kommentere de ankende parters argumentasjon rundt faktum eller subsumsjonen i prosesskrivet punkt 4 og 5. Prosesskrivet punkt 6 er svart ut i anketilsvaret punkt 4 og kommenteres ikke særskilt.

2 OVERORDNET OM STATENS SYN

I prosesskrivet 21. mars har de ankende parter endelig redegjort for rettskildene som de mener begrunner at det er slik tvil om den EØS-rettslige løsningen at det er «nødvendig» å forelegge spørsmålene for EFTA-domstolen, jf. domstolloven § 51a. Staten oppfatter at det foreligger tre overordnede EØS-rettslige spørsmål som ankende parter mener bør forelegges:

1. Hvorvidt lagmannsretten har adgang til å vurdere hensyn som ikke fremgår uttrykkelig av begrunnelsen i vedtaket når en skal vurdere om det foreligger «overriding public interest», jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c (punkt 3 nedenfor).
2. Om «overriding public interest» krever kvalifisert interesseovervekt (punkt 4 nedenfor).
3. Hvilke av de positive ringvirkningene ved Engebø-prosjektet som kan utgjøre «overriding public interest» (punkt 5 nedenfor).

Som det fremgår av tidligere prosesskriv og fremstillingen i det følgende, mener staten at ingen av de tre spørsmålene er så **tvilsomme** at det er nødvendig med foreleggelse. Tvert imot viser ankende parters siste prosesskriv at det ikke foreligger noen autorative rettskilder som underbygger ankende parters syn på spørsmål nr. 1 og 2. Hva gjelder spørsmål nr. 3, viser prosesskrivet at partene er enige om at det allerede foreligger relevant praksis fra EU-domstolen som gir lagmannsretten veiledning om tolkningen av EØS-retten. Uenigheten mellom partene knytter seg til hvordan denne praksisen skal anvendes på vår sak – altså subsumsjonen. Den ligger til nasjonale domstoler, jf. HR-2005-1630–U.

3 OM NORSKE DOMSTOLER ER BUNDET AV BEGRUNNELSEN I VEDTAKET (PROSESSKRIVET PUNKT 2)

3.1 Statens syn

I lys av ankende parters siste prosesskriv, virker det ikke lenger å være bestridt at lagmannsretten i.h.t. norsk forvaltningsrett ikke er bundet av begrunnelsen i vedtaket ved prøvingen av vilkårene i vannforskriften § 12. Denne side har i prosesskrivet 8. mars punkt 3 redegjort for hvorfor dette heller ikke er strid med EØS-retten.

I C-529/15 *Gert Folk* avsnitt 37-39 har EU-domstolen slått fast at vanndirektivet ikke pålegger («not obliged») nasjonale domstoler å vurdere om vilkårene i artikkel 4 nr. 7 er oppfylt dersom nasjonale myndigheter ikke har gjort en egen vurdering. Når EU-domstolen påpeker at direktivet ikke ilegger en plikt, må det naturlig nok forstås slik at direktivet heller *ikke er til hinder* for at nasjonale domstoler foretar en slik vurdering. Hvis det var tilfellet, hadde ikke domstolen trengt å ta stilling til om det forelå noen plikt. Når vanndirektivet ikke er til hinder for at nasjonale domstoler foretar en selvstendig vurdering av vilkårene, kan det enn mer ikke være til hinder for at nasjonale domstoler ser på hensyn som ikke fremkommer uttrykkelig av begrunnelsen.

Vanndirektivet holder altså rammene for nasjonale domstolars prøving av vilkårene i artikkel 4 nr. 7 åpen. Spørsmålet om nasjonale domstolars prøvingsadgang må da, på vanlig måte, løses med utgangspunkt i prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi.¹ Det innebærer at det, innenfor rammene av kravene til ekvivalens og effektivitet, ligger til nasjonal rett å bestemme hvordan krav som bygger på EØS-retten skal prøves, jf. f.eks. C-217/16 *Zagoriou* avs. 31. Det virker ikke lenger å være bestridt at lagmannsretten etter norsk forvaltningsrett ikke er bundet av begrunnelsen i vedtaket, og det er uansett ikke spørsmålet som det er aktuelt å forelegge EFTA-domstolen. Staten kan derfor ikke se at det er nødvendig med foreleggelse.

3.2 Rettskildene ankende parter viser til

Det bærende argumentet i ankende parters argumentasjon for hvorfor spørsmålet likevel skal forelegges EFTA-domstolen virker å være påstanden om at staten har feiltolket C-529/15 *Gert Folk* avsnitt 37. Avsnittet gjengis derfor her i sin helhet:

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, first, whether all practicable steps were taken to mitigate the adverse impact of the activities on the status of the body of water concerned; second, whether the reasons behind those activities were specifically set out and explained; 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) are outweighed

¹ Se f.eks. Eriksen og Haukeland Fredriksen, *Norges europeiske forvaltningsrett* (2019) kap. 5.1.

by the benefits to human health, the maintenance of human safety or the sustainable development resulting from those activities; and, fourth, whether the beneficial objectives pursued by that project cannot, for reasons of technical feasibility or disproportionate cost, be achieved by other means which are a significantly better environmental option (see, to that effect, judgment of 11 September 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others, C-43/10, EU:C:2012:560, paragraph 67). (vår utheving)

Det antas at ankende parter sikter til den understrekede setningen når de på side 3 i prosesskrivet påstår at «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». Den nummerere opplistingen i *Gert Folk* avsnitt 37 viser imidlertid bare tilbake til de ulike vilkårene i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav a-d:

Member States will not be in breach of this Directive when ... all the following conditions are met:

(a) all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water;

(b) the reasons for those modifications or alterations are specifically set out and explained in the river basin management plan required under Article 13 and the objectives are reviewed every six years;

(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

(d) the beneficial objectives served by those modifications or alterations of the water body cannot for reasons of technical feasibility or disproportionate cost be achieved by other means, which are a significantly better environmental option. (min utheving)

Når EU-domstolen i *Gert Folk* avsnitt 37 viser til at nasjonale domstoler for det *andre* («second»), kan prøve om tiltaket er begrunnet («the reasons behind those activities were specifically set out and explained») viser den altså til det *andre* kumulative vilkåret i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 – bokstav b (og ikke bokstav c som vår sak gjelder). Bokstav b stiller krav til innholdet i vannforvaltningsplaner («river basin management plan») og ikke begrunnelsen av «overriding public interest» i vedtak.²

Ankende parter har aldri anført at vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav b er brutt i denne saken, og tolkningen av bestemmelsen har heller ikke vært et tema. Det er også bokstav b EU-domstolen viser til i det løsrevede sitatet fra C-346/14 *Schwarze Sulm* avsnitt 66 inntatt i ankende parters prosesskriv på side 3. Det fremgår dersom man leser hele avsnitt 66:

² Se også [vannforskriften § 12 tredje ledd](#).

In the present case, in order to determine whether the 2007 decision was adopted in compliance with the requirements of Article 4(7) of Directive 2000/60, it must be ascertained, first, whether all practicable steps were taken to mitigate the adverse impact of the contested project on the status of the body of water concerned; second, whether the reasons behind the project were specifically set out and explained; third, whether the project serves an overriding general interest... (vår utheving)

Praksisen ankende parter viser til gjelder altså ikke bestemmelsen som vår sak gjelder. Det er altså på ingen måte riktig at et «helt avgjørende poeng» har falt ut av sitatet i statens prosesskriv 8. mars. Tvert imot er det ankende parter som viser til praksis om en annen direktivbestemmelse uten å tilkjenne at det er det de gjør.

Hva gjelder praksisen det vises til i første avsnitt på side 4 i ankende parters prosesskriv, gjelder denne innholdet i en påstått EØS-rettslig begrunnelsesplikt og ikke rekkevidden av domstolskontrollen. Det er ikke fremsatt noen anførsel i anken om at begrunnelsesplikten skal være brutt, og det er heller ikke anført eller underbygd senere. For øvrig er det grunn til å påpeke at verken C-529/15 avsnitt 27 eller C-43/10 avsnitt 47 som det vises til i fotnote 6 i prosesskrivet sier noe om begrunnelsesplikten. De eneste dommene det vises til som sier noe om begrunnelsesplikten, er C-342/05 og C-674/17 som begge gjelder habitatdirektivet artikkel 16 nr. 1. Den bestemmelsen gjelder vilkårene for felling av fredet rovvilt, og staten er ikke kjent med noen rettskilder som trekker paralleller mellom den bestemmelsen og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7.

4 HVORVIDT VANDIREKTIVET ARTIKKEL 4 NR. 7 BOKSTAV C KREVER KVALIFISERT INTERESSEOVERVEKT (PROSESSKRIVET PUNKT 3)

I anketilsvaret punkt 4.3.2 har denne side grundig redegjort for hvorfor det ikke er tvilsomt at «overriding public interest» i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c ikke gir henvisning på kvalifisert interesseovervekt.

Den eneste kilden de ankende parter viser til i prosesskrivet til støtte for at det eventuelt (ankende parter tar ikke selv stilling) skal gjelde et slik krav, er én setning i boken til Backer – en setning som både er uklar og ubegrunnet (se tingrettens dom side 36-37).³ Holdt opp mot ordlyden, forarbeidene og praksis fra EU-domstolen og ESA har uttalelsen ingen vekt. Staten kan derfor ikke se at det er grunn til å forelegge dette spørsmålet.

I prosesskrivet på side 5-6 sakser de ankende parter fra ulike deler av anketilsvaret for å danne et inntrykk av at staten mener spørsmålet er tvilsomt. Staten har ikke på noe tidspunkt gitt uttrykk for det.

³ Generaladvokatens uttalelse i C-723/21 *Stadt Frankfurt* avsnitt 137 som det vises til fotnote 14 i prosesskrivet gjelder en annen bestemmelse i vanddirektivet, se anketilsvaret side 9. Sitatet sier heller ingenting om at interesseovervekten må være kvalifisert.

5 HVILLE HENSYN SOM KAN UTGJØRE «OVERRIDING PUBLIC INTEREST» (PROSESSKRIVET PUNKT 4 OG 5)

5.1 De ankende parter tilnærming til spørsmålet

Som det fremgår av anketilsvaret og prosesskrivet 8. mars, mener staten det foreligger en rekke hensyn som hver og én utgjør «overriding public interest» i denne saken. Det er imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til hvert enkelt hensyn dersom retten uansett mener at totaliteten utgjør en slik interesse.

Ankende parter prosesskriv punkt 4.3-4.5 og 5.2-5.4 viser med tydelighet at de ankende parter ikke ønsker at lagmannsretten skal se på totaliteten. I stedet ønsker man å isolere de ulike virkningene ved Engebø-prosjektet (for eksempel lønnsinntekter, sysselsetting og produksjonen av mineraler) og vurdere disse separat. Det gis ingen forklaring på hvorfor retten skal foreta en slik separat vurdering. Etter statens syn er en slik tilnærming ikke fruktbar. Et gruveprosjekt som gir inntekter for eierne, vil nødvendigvis også skape arbeidsplasser som igjen generer lønnsinntekter for de ansatte, skatteinntekter for staten og bosetting i lokalområdet. Samme gruveprosjekt vil også produsere mineraler – et produkt det forutsetningsvis er etterspørsel etter. Å skulle vurdere hver av disse virkningene isolert vil neppe la seg gjøre på en meningsfull måte, og har heller ingen gode grunner for seg. En slik tilnærming følger heller ikke av praksis, se for eksempel kommisjonspraksisen som er omtalt i anketilsvaret fotnote 50, der flere økonomiske hensyn behandles felles.

Samlet sett inviterer de ankende parter til en meget spesiell form for domstolkontroll. Lagmannsretten skal verken vurdere hensyn som ikke er uttrykkelig nevnt i begrunnelsen (prosesskrivet side 3), foreta en selvstendig vurdering av de ulike hensynene som faktisk er nevnt i begrunnelsen utover hensynet til «samlede inntekter» (prosesskrivet side 15), eller vurdere de ulike hensynene som fremgår av begrunnelsen som en helhet. I stedet skal lagmannsretten nøye seg med å vurdere om de «samlede inntektene», og da egentlig bare «skatteinntekter til det offentlige og kapitalinntekter til aksjonærene» (og ikke lønnsinntekter til arbeidstagerne), utgjør «overriding public interest» (prosesskrivet side 14). Staten er ikke kjent med noen andre rettsområder med tilsvarende snevre rammer for domstolskontrollen med rettsanvendelsen. At ankende parter må oppstille såpass mange forutsetninger for at det skal aktualisere seg et potensielt tvilsomt EØS-rettslig spørsmål i saken, underbygger at foreleggelse ikke er **relevant**.

5.2 Inntektsvirkningene fra gruvevirksomheten

5.2.1 Statens syn

Staten har i anketilsvaret punkt 4.3.3 og i prosesskrivet 8. mars punkt 4.2 redegjort for den relevante praksisen fra EU-domstolen. Praksisen viser at økonomiske formål, som sysselsetting, økonomisk utvikling og inntekter for private og offentlige aktører, kan utgjøre «overriding public interest». I prosesskrivet viser ikke de ankede parter til andre dommer. Tvert imot viser prosesskrivets punkt 4.2.2-4.2.3 med tydelighet at uenigheten knytter seg til hvordan den eksisterende praksisen skal anvendes på vår sak. Det underbygger at foreleggelse ikke er nødvendig, jf. kildene staten har vist til i anketilsvaret punkt 4.2.

5.2.2 Forholdet til de de fire friheter (prosesskriv punkt 1 og 4.2.1)

Det bærende argumentet i ankende parter prosesskriv for at tingretten har feiltolket innholdet i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, og at det er nødvendig med foreleggelse, virker å være at «overriding public interest» også brukes for å betegne formålene som kan begrunne ikke-diskriminerende restriksjoner på de fire friheter. Det er sikker rett at det som utgangspunkt ikke er saklig å begrunne restriksjoner på de fire friheter med «økonomiske mål», jf. bl.a. E-2/11 *STX* avs. 83. Årsaken til det er at slike formål åpner for proteksjonisme, som igjen vil undergrave det indre marked.⁴ Samtidig innrømmer de ankende parter at «[u]nntaksvilkåret i vanndirektivet er neppe helt sammenfallende med denne læren» (prosesskrivet side 9), og det er uklart hvilken konkret betydning de ankende parter egentlig mener praksis om de fire friheter har i saken.

Staten mener praksisen er uten betydning når innholdet i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c skal fastlegges.⁵ I direktiver på miljøområdet benyttes «overriding public interest» i en annen kontekst. Eksistensen av en «overriding public interest», eller varianter av termen, brukes her som ett av flere vilkår for når det kan gjøres unntak fra EØS-rettslige miljøkrav (f.eks. unntak fra områdevern eller forbud mot forringelse av en vannressurs).⁶ Vilkåret skal her ivareta andre formål enn ved restriksjoner på de frie friheter – økonomiske tiltak som påvirker vernede områder eller vannforekomster vil ikke i seg selv kunne begrense den frie flyten i det indre marked. EU-domstolen har derfor også på dette området konsekvent tolket «overriding public interest» slik at det omfatter økonomiske hensyn, se punkt 5.2.2 nedenfor. Denne side er heller ikke kjent med praksis fra EU-domstolen der innholdet i begrepet «overriding public interest» på miljøområdet har blitt fastlagt med henvisning til praksis fra de fire friheter. De ankende parter tar derfor også grunnleggende feil utgangspunkt når de spør om det er grunnlag for «utvidende» tolkning av begrepet i denne saken (anken side 2).

5.2.3 Praksis fra EU-domstolen (prosesskrivet punkt 4.2.2-4.6)

Det er ikke korrekt at «Den foreliggende rettspraksis om vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c gir ingen støtte for at rene økonomiske hensyn er relevante» (prosesskrivet side 10). Generaladvokaten uttaler det motsatte i C-461/13 *Bund für Umwelt* avsnitt 83. At økonomiske hensyn kan være relevante finner også støtte i C-346/14 *Schwarze Sulm*, se anketilsvaret punkt 4.3.3. Det er korrekt at *Schwarze Sulm* gjaldt et vannkraftverk, og at utbygging av grønn energi er et satsningsområde i EU – det er imidlertid også utvinningen av kritiske mineraler. Det er betegnede at de ankende parter i prosesskrivet side 10 fotnote 26 viser til direktiv 2023/2413/EU til støtte for at det i 2016 forelå en «overriding public

⁴ Oliver, «[When, if Ever, Can Restrictions on Free Movement be Justified on Economic Grounds?](#)», *European Law Review* (2:2016) s. 147 og 149.

⁵ I prosesskrivet 21. mars siterer de ankende parter fra tilsvaret, og mener at «staten tar til orde for» at «overriding public interest» må tolkes i lys av læren om allmenne hensyn. Det er ikke riktig. I tilsvaret viste staten til læren om allmenne hensyn for å imøtegå ankende parter oversettelse av begrepet «overriding public interest» til norsk, ikke for å fastlegge innholdet i begrepet (U 3296).

⁶ Habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4, vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 og havstrategidirektivet (2008/56/EF) artikkel 14 nr. 1 d.

interest» i *Schwarze Sulm*, samtidig som man mener at lagmannsretten er forhindret fra å ta hensyn til den nylig vedtatte Critical Raw Materials Act når denne saken skal avgjøres.⁷

Som staten allerede har redegjort for i anketilsvaret på side 9, fulgte *storkammer* i EU-domstolen ikke *Generaladvokaten* i C-43/10 *Nomarchiaki*. Som det fremgår av [dommens avsnitt 64-67](#), mente storkammeret at vanntilgang, elektrisitetsproduksjon og drikkevannsforsyning alle kunne være en «general interest», og foretok ingen gradering mellom hensynene. Dommen underbygger at «overriding public interest» kan omfatte ulike hensyn, og at det ikke er grunnlag for å gradere hensyn ut fra om de har en økonomisk karakter eller ikke. Denne side forstår ikke hvorfor de ankende parter fortsetter å vise til Generaladvokaten når uttalelsen ikke gir uttrykk for gjeldende rett.

Denne side finner ikke grunn til å kommentere de ankende parters tolkning av C-404/09 *Kommissjonen mot Spania* og C-182/10 *Solvay*, utover å bemerke at ankende parters lange redegjørelse av dommene underbygger at det nettopp foreligger relevant praksis fra EU-domstolen som saken kan avgjøres ut fra.

5.2.4 Andre rettskilder

At økonomiske hensyn kan være relevante, følger også av veilederne til vanndirektivet (se tingrettens dom side 38). Det samme følger av systemet i vanndirektivet artikkel 4, der nr. 3 oppstiller vilkår for å utpeke vannforekomster med særskilte miljømål og nr. 4-7 oppstiller ulike former for unntak fra miljømålene i artikkel 4 nr. 1.

Etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 3 kan medlemstatene kategorisere vannforekomster som «heavily modified» (sterkt modifiserte), med lavere miljømål for økologisk tilstand⁸, dersom vannforekomsten allerede er sterkt påvirket av menneskelig aktivitet⁹, og denne aktiviteten ivaretar ulike samfunnsnyttige formål (bokstav a og b). I veilederen til bestemmelsen er oppdrettsanlegg, jordbruk, rekreasjon og urbanisering angitt som eksempler på formål som kan danne grunnlag for å kategorisere en vannforekomst som «heavily modified». ¹⁰ Dette er klart økonomiske formål (rekreasjon er ikke en gang økonomisk i streng forstand).

Etter artikkel 4 nr. 5 kan statene på nærmere vilkår oppstille mindre strenge miljømål for vannforekomster som er sterkt påvirket av menneskelig aktivitet dersom «the environmental and socioeconomic needs served by such human activity cannot be achieved by other means...» (vår utheving).¹¹ Økonomiske mål kan her begrunne at miljømålene ikke nås.

Økonomiske hensyn gjennomsyrrer altså unntakene fra vanndirektivet artikkel 4 nr. 1, og det vil være systemfremmed om økonomiske formål ikke også kan hensyntas i artikkel 4 nr. 7.

⁷ [Strategic autonomy: Council gives its final approval on the critical raw materials act - Consilium \(europa.eu\)](#).

⁸ Se artikkel 4 nr. 1 bokstav a iii) jf. ii). Se også vannforskriften § 5.

⁹ Jf. definisjonen i artikkel 2 nr. 9.

¹⁰ [CIS Guidance Document No. 4 \(2003\), s. 31-32](#).

¹¹ Artikkel 4 nr. 5 bokstav a. Se også vannforskriften § 10.

5.3 Andre relevante hensyn (prosesskrivet punkt 5)

Staten er enig med tingretten i at hensynet til sysselsetting lokalt og tilgangen på rutil globalt utgjør «overriding public interest», og viser til tingrettens dom punkt 1.7. Tilgangen på kritiske mineraler er omtalt i anketilsvaret på side 6.

Staten oppfatter at partene her i liten grad er uenige om direktivtolkningen – tvert imot bærer punkt 5.2-5.3 i prosesskrivet preg av at partene først og fremst er uenige om hvordan praksisen skal anvendes på vår sak og subsumsjonen for øvrig.

Hva gjelder De Sadeleers artikkel om habitatvern som det siteres fra nederst på prosesskrivet side 17, er uttalelsen gammel (2005) og stammer fra før *C-404/09 Kommisjonen mot Spania* og *C-182/10 Solvay*. Uttalelsen er heller ikke underbygget med henvisning til rettskilder, for eksempel tar den ikke hensyn til kommisjonens praksis om habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4 (se anketilsvaret fotnote 50).

• • •

Oslo, 3. april 2024

REGJERINGSADVOKATEN

Henrik Vaaler
advokat