

# PROSESSKRIV

## til

### Borgarting lagmannsrett

Oslo, 19. april 2024  
Vår ref.: 326672-001

---

#### Borgarting lagmannsretts sak 24-036660ASD-BORG/01

<b>Ankende part 1:</b>	Norges Naturvernforbund Mariboegate 8, 0183 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Asle Bjelland, CMS Kluge Advokatfirma AS
<b>Ankende part 2:</b>	Natur og Ungdom Torggata 34, 0183 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Amund Noss, CMS Kluge Advokatfirma AS
<b>Ankemotpart:</b>	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
<b>Saken gjelder:</b>	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

Vi viser til statens prosesskriv av 16. april. I prosesskrivets punkt 2 er det gitt en dekkende fremstilling av dialogen mellom partene frem til prosesskrivet ble inngitt. Som det fremgår, har partene ikke lyktes med å bli enige om et felles forslag til spørsmålsutforming. Partene er enige om å fortsette dialogen om spørsmål 1 i listen nedenfor.

Formålet med dette prosesskrivet er å gi noe korte bemerkninger til utformingen av spørsmål 2 og 3 i listen nedenfor, slik at lagmannsretten deretter kan avklare hvordan disse to spørsmålene skal formuleres.

## 2 MILJØORGANISASJONENES FORSLAG TIL SPØRSMÅL

Lagmannsretten har i foreleggelsesbeslutningen gjengitt miljøorganisasjonenes forslag til spørsmål og besluttet at «spørsmål 2 til 4, eller en variant av disse, bør forelegges for EFTA-domstolen».

Nedenfor følger vår oppdaterte engelske oversettelse av spørsmål 2 til 4 med ny nummerering:

1. *What is the legal test when determining whether there is an "overriding public interest" under Article 4(7) of the Water Framework Directive?*
  - a. *Is a qualified preponderance of interest required and/or are only particularly important public interests relevant?*
  - b. *What will be key factors in the assessment of whether the public interests that justify the measure are "overriding"?*
2. *Can the following economic considerations constitute an "overriding public interest" under Article 4(7) of the Water Framework Directive, and if so, under what conditions?*
  - a. *Purely economic considerations (i.e. the expected gross income generated by the planned mining operations)*
  - b. *That a private undertaking will generate income for shareholders*
  - c. *That a private undertaking will generate tax revenue for the state and municipality*
  - d. *That a private undertaking will provide wage income for employees*
3. *Can the following considerations constitute an "overriding public interest" under Article 4(7) of the Water Framework Directive, and if so, under what conditions?*
  - a. *That a private undertaking will generate employment effects (increased local business activity, employment and settlement)*
  - b. *Global supply of rutile*
  - c. *Ensuring Norway and Europe access to critical minerals*

Miljøorganisasjonene har brukt mye tid og krefter på å formulere forslaget. Eksterne eksperter har også blitt involvert i arbeidet. Grunntanken er at spørsmål 1 skal gi generell veiledning om vurderingstemaet, mens spørsmål 2 og 3 skal sikre at uttalelsen gir konkret veiledning om betydningen av de hensynene som er aktuelle i saken. I spørsmål 2 har vi tatt inn de hensynene som vedtaket, ifølge miljøorganisasjonenes pretensjoner, er basert på. I spørsmål 3 har vi nevnt de hensynene som staten har hevdet at vedtaket er eller kunne ha vært begrunnet med, jf. punkt 3.1 i statens anketilsvar.

### 3 DET ER HENSIKTSMESSIG AT SELVE SPØRSMÅLSUTFORMINGEN AVKLARES ALLEREDE NÅ

Staten «fastholder at det ikke er nødvendig å avklare spørsmålsutformingen før et endelig forslag til foreleggelsesskriv foreligger», jf. prosesskriv av 16. april 2024 side 3, annet avsnitt.

Miljøorganisasjonene mener det er mest hensiktsmessig at retten allerede nå avklarer hvordan spørsmålene skal formuleres:

- Spørsmålsutformingen vil gi visse føringer for hvordan resten av skrevet bør utformes, særlig punktene om partenes anførsler. Det vil trolig være enklere å bli enige om et felles utkast til spørsmålsskriv dersom spørsmålene allerede er ferdigstilt.
- Det er ikke utsikter til at partene blir enige om utformingen av spørsmålene. Det vil være tidsbesparende hvis retten kan avklare spørsmålsutformingen allerede nå. Partene kan i mellomtiden arbeide videre med de resterende delene av foreleggelsesskrivet.

### 4 NÆRMERE OM UTFORMINGEN AV SPØRSMÅL 2 OG 3

#### 4.1 Det bør spørres om de konkrete hensynene som er relevante i saken

Miljøorganisasjonene ønsker å spørre om de konkrete hensynene som partene mener er relevante i saken. Retten har allerede gitt sin tilslutning til dette, jf. tredje siste avsnitt på side 3 i beslutningen om foreleggelse:

*Forberedende dommer er enig med ankende parter i at spørsmålet om hvilke hensyn som på generelt grunnlag kan utgjøre en «overriding public interest», vanskelig vil kunne besvares uttømmende. Det er derfor hensiktsmessig at det spørres om de konkrete hensynene som partene mener er relevante i saken. Som nevnt oppfattes partene å være uenige om hvilke hensyn tillatelsene bygger på. Den endelige avgjørelsen av hvilke hensyn tillatelsene bygger på, hører under den dømmende rett.*

Ved at spørsmålene utformes på denne måten, øker sannsynligheten for at svarene vil gi konkret veiledning for lagmannsretten.

Partene er ikke enige om hvilke hensyn tillatelsen bygger på. Partene er også uenige om hvorvidt tillatelsen kan opprettholdes med en annen begrunnelse enn den som fremgår av vedtaket. Det er lagmannsretten som skal ta stilling til dette, etter at EFTA-domstolens uttalelse foreligger. På foreleggelsesstadiet bør det spørres om alle de hensyn som partene mener er relevante. Miljøorganisasjonene pretenderer at tillatelsen er begrunnet med de hensynene som er nevnt i spørsmål 2. Staten pretenderer at tillatelsen er eller kunne ha vært begrunnet med de hensynene som er nevnt i spørsmål 3, jf. punkt 3.1 i statens anketilsvar.

For Miljøorganisasjonene er det spesielt viktig at det spørres særskilt og eksplisitt om de hensynene som er nevnt i spørsmål 2, bokstav b, c og d. Hovedformålet med å be om foreleggelse var nettopp å få avklart disse spørsmålene. Vi minner om at tingrettens dom bygger på en direktivtolkning hvor alle disse tre hensynene ble ansett å være relevante.

På side 38 i tingrettens dom heter det:

*«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.»*

## **4.2 Bemerkninger til statens argumentasjon**

### *4.2.1 Innledning*

Staten har i prosesskriv 16. april punkt 4 redegjort for sitt syn på spørsmålsutformingen.

Miljøorganisasjonene er enige i de tre første punktene (prosesskrivet side 4), nemlig at:

- «Spørsmålsutformingen bør innrettes slik at EFTA-domstolen inviteres til å uttale seg om de omtvistede tolkningsspørsmålene som kan være avgjørende for saken»
- «Det er ikke grunn til å stille mer generelle spørsmål enn nødvendig»
- «Det bør ikke stilles flere spørsmål enn det som er nødvendig»

Miljøorganisasjonen er ikke enige i de resterende punktene (prosesskrivet side 5).

### *4.2.2 Spørsmålene er ikke for omfattende*

I det første kulepunktet på side 5 hevder staten at spørsmål 2 og 3 inneholder 14 underspørsmål. Så vidt vi forstår, bygger dette på et resonnement om at det stilles to spørsmål til hvert underspørsmål, nemlig om hensynet er relevant, og i så fall under hvilke omstendigheter. Det faktiske antall underspørsmål, som er syv, multipliseres derfor med to.

Etter vårt syn er ikke spørsmålsslisten spesielt lang. I domstoladministrasjonens veileder er det inntatt et eksempel på et spørsmålsskriv fra Høyesterett hvor det stilles 11 selvstendige spørsmål. Vi oppfatter heller ikke foreleggelsesbeslutningen slik at det er påkrevet å gjøre spørsmålene kortere.

Miljøorganisasjonene fastholder derfor forslaget til utforming av spørsmål 2 og 3. Dersom det skulle være behov for å forkorte spørsmålene, vil miljøorganisasjonene prioritere å beholde spørsmål 2 uendret. Det vil da være en bedre løsning å fjerne underspørsmålene til spørsmål 1. Uansett hvordan øvrige spørsmål utformes, er det helt avgjørende å beholde spørsmål 2, bokstav b, c og d.

I det samme kulepunktet hevder staten at «det store antallet spørsmål øker risikoen for at EFTA-domstolen ikke gir et klart svar på det tvisten faktisk gjelder, samt at det gis en rekke ulike svar som kan være vanskelig å forene».

Miljøorganisasjonene vil bemerke at underspørsmålene ikke er overlappende. De gjelder ulike hensyn. Et mulig unntak er spørsmål 2, bokstav a. Om det skulle anses nødvendig kan bokstav a strykes. Systematikken i spørsmål 2 er imidlertid enkel å forstå, og den åpner for at EFTA-domstolen kan bygge opp sitt svar slik den mener det er hensiktsmessig. Som påpekt i veilederen, er EFTA-domstolen uansett ikke bundet av spørsmålsoppbygningen. Listen gir et tydelig signal om hvilke avklaringer lagmannsretten ønsker.

#### 4.2.3 Spørsmålene er konkrete, og svarene vil gi god veiledning for lagmannsretten

I det andre kulepunktet på side 5 hevder staten at spørsmålene er for generelt utformet:

*«Det spørres ikke bare om de aktuelle hensynene generelt kan være relevante, men også generelt "under what conditions"».*

Miljøorganisasjonene vil bemerke at spørsmålene er eksplisitt knyttet til de ulike hensyn som er aktuelle i saken. Det spørres om disse hensynene kan utgjøre en «overriding public interest». Det er ikke gitt at EFTA-domstolen kan svare kategorisk «ja» eller «nei» på alle underspørsmålene. Det kan for eksempel tenkes at domstolen kategorisk vil avvise at fiskale hensyn og hensynet til kapitalavkastning for private eiere kan være relevant, men at domstolen ønsker å gi et mer nyansert svar for så vidt gjelder lønnsinntekter til arbeidstakere. Et tenkelig svar på det siste spørsmålet kan være at domstolen åpner for at lønnsinntekter kan være relevant i helt ekstraordinære tilfeller hvor det er tale om massearbeidsledighet i en sterkt underutviklet region. Det er derfor hensiktsmessig å åpne for at EFTA-domstolen kan gi et mer utfyllende svar.

#### 4.2.4 Spørsmålene er knyttet til partenes pretensjoner

I tredje kulepunkt, første avsnitt, foreslår staten å «knytte spørsmålsstillingen opp mot faktum i saken».

Miljøorganisasjonene vil bemerke at lagmannsretten skal ta stilling til gyldigheten av et forvaltningsvedtak. Partene er uenige om hvordan dette vedtaket er begrunnet. Partene er også uenige om hvorvidt lagmannsretten kan opprettholde vedtaket med en begrunnelse som ikke fremgår av vedtaket.

Lagmannsretten skal ta stilling til partenes anførsler. Miljøorganisasjonenes anførsel for lagmannsretten er at tillatelsen er ugyldig dersom de hensynene som er nevnt i spørsmål 2, bokstav b, c og d *ikke* utgjør en «overriding public interest».

EFTA-domstolen skal ikke foreta selve subsumsjonen og det er derfor ikke et mål å knytte spørsmålene direkte opp mot faktum. Målet må være å identifisere og formulere de tolkningsspørsmålene som oppstår som følge av partenes pretensjoner og anførsler for lagmannsretten. Spørsmålene er utformet i tråd med dette.

#### 4.2.5 Oppdelingen i to spørsmål er hensiktsmessig, men ikke strengt nødvendig

I tredje kulepunkt, annet avsnitt, hevder staten at «ankende parters inndeling i spørsmål nr. 2 og 3 forutsetter at det går et skille mellom "økonomiske interesser" og "ikke-økonomiske interesser"».

Det er riktig at spørsmålet 2 bruker uttrykket «economic considerations», mens punkt 3 bruker uttrykket «considerations». Formålet er å presisere at alle underspørsmålene til spørsmål 2 gjelder økonomiske hensyn. Dette fremgår også eksplisitt av hvert enkelt underspørsmål.

Ifølge staten er partene uenige om hvorvidt det går et skille mellom økonomiske interesser og ikke-økonomiske interesser. Det er skal også være uenighet om «hvordan skillet eventuelt skal trekkes».

Miljøorganisasjonene vil bemerke at skillet er velkjent i EU-retten. Man kan gjenfinne dette skillet i juridisk teori som oppsummerer den domstolsskapte læren om «overriding public interest» (tvingende allmenne hensyn), se f.eks. Sejerstedt m.fl., EØS-rett (3. utg., 2011) s. 334 hvor det heter:

*«EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at det traktatbestemte unntaket i TEUF art. 36 (EØS art. 13) omfatter hensyn av ikke-økonomisk art. Bakgrunnen for dette er åpenbar. Det*

*ville stride mot målsetningen om et integrert marked, med samme karakteristika som et hjemmemarked, dersom medlemsstatene kunne tilsidesette hensynet til den frie bevegelse på bekostning av sine egne økonomiske interesser. Det tilsvarende gjelder selvsagt i EØS. Hensynet til avtalestatenes egne investeringer, motvirkning av arbeidsløshet og inflasjon, hensyn til budsjettbalanse osv. faller med dette klart utenfor de hensyn som omfattes av oppregningen i EØS art. 13.»*

Et av sakens hovedspørsmål er om økonomiske hensyn bedømmes på samme måte ved anvendelse av det likelydende uttrykket i vanddirektivet.

Miljøorganisasjonene vil fastholde at oppdelingen i to spørsmål er mest hensiktsmessig. Det er imidlertid mulig å samle spørsmål 2 og 3 i ett spørsmål, samtidig som henvisningene til økonomiske hensyn fjernes:

2. *Can the following considerations constitute an "overriding public interest" under Article 4(7) of the Water Framework Directive, and if so, under what conditions?*
  - a. *That a private undertaking will generate income for shareholders*
  - b. *That a private undertaking will generate tax revenue for the state and municipality*
  - c. *That a private undertaking will provide wage income for employees*
  - d. *That a private undertaking will generate employment effects (increased local business activity, employment and settlement)*
  - e. *Global supply of rutile*
  - f. *Ensuring Norway and Europe access to critical minerals*

#### 4.2.6 Spørsmålene er ikke «løsrevet fra situasjonen på Engebø»

I det fjerde kulepunktet uttaler staten at:

*«En rekke av underspørsmålene ankende parter foreslår er løsrevet fra situasjonen på Engebø – f.eks. skal spørsmål nr. 2 tilsynelatende besvares uten hensyntagen til at det gjelder tillatelse til gruvevirksomhet. Det er derfor ikke gitt at spørsmålene vil kunne avklare tolkningsuenigheten i saken.»*

Miljøorganisasjonen vil bemerke at EFTA-domstolen selvsagt vil besvare spørsmålene i visshet om at saken gjelder et gruveprosjekt. Dette vil fremgå av spørsmålsskrivet. Spørsmålene er heller ikke formulert på en måte som hindrer EFTA-domstolen i å ta dette i betraktning. Dersom EFTA-domstolen – mot all formodning – skulle mene at økte skatteinntekter ikke er et relevant hensyn, men at dette stiller seg annerledes ved skatteinntekter fra en gruvevirksomhet, så vil EFTA-domstolen selvsagt stå fritt til å svare slik, jf. også formuleringen «under what conditions» i hovedspørsmålet.

Den siterte uttalelsen indikerer for øvrig at staten vil anføre at offentlige og private inntekter fra gruvevirksomhet står i en annen stilling enn inntekter fra annen næringsvirksomhet. Det er ikke spor av noe slikt synspunkt i vedtaket, og det ble heller ikke anført for tingretten. Dersom en slik anførsel vil bli gjort gjeldende for lagmannsretten, bør staten formulere presise underspørsmål som reflekterer anførselen, jf. punkt 4.2.4 siste avsnitt ovenfor.

Miljøorganisasjonens syn er for øvrig at de økonomiske hensynene som er nevnt i spørsmål 2 er ulovlige hensyn, og at dette gjelder uavhengig av om inntektene kommer fra gruvevirksomhet eller annen næringsvirksomhet.

#### 4.2.7 Henviſning til Solvay

I siste kulepunkt hevder staten at «statens forslag til formulering er best i tråd med formuleringen i sak C-182/10 Solvay spørsmål nr. 6».

Miljøorganisasjonene kan ikke se at sammenligningen med Solvay gir noen støtte til statens forslag. I den aktuelle saken var det avklart hvilke hensyn som eventuelt kunne gi grunnlag for unntak. Saken er altså ikke sammenlignbar med vår sak, hvor partene har vist til en rekke ulike hensyn.

Dersom staten hadde vært enig i miljøorganisasjonenes tolkning av vedtakets begrunnelse, og unnlatt å lansere alternative begrunnelser for vedtaket, ville det ha vært tilstrekkelig å spørre om de samlede inntektene fra gruvevirksomheten kan rettferdiggjøre et unntak fra forringelsesforbudet. Under en slik forutsetning ville spørsmålet altså hatt en utforming som minner om spørsmål nr. 6 i Solvay-saken.

Det finnes en rekke eksempler på tilfeller hvor nasjonale domstoler har valgt å stille mer detaljerte spørsmål enn i Solvay-saken. Tidligere foreleggelsener har vist at det ikke er hensiktsmessig å nøye seg med å spørre generelt om hvilke momenter som er relevante, se EFTA-domstolens uttalelse E-2/21 Norep AS mot Haugen Gruppen AS, særlig avsnitt 24 og 52. Det bør spørres om de hensyn som er gjort gjeldende i saken. Spørsmålene bør utformes i tråd med anvisningene på side 19 i veilederen, nemlig med «et generelt hovedspørsmål som presiseres i ett eller flere underspørsmål».

\* \* \*

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

\* \* \*

Oslo, 19. april 2024  
**CMS Kluge Advokatfirma AS**



Asle Bjelland  
advokat



Amund Noss  
advokat