

ANKE

til

Borgarting lagmannsrett

Oslo, 12. februar 2024

Vår ref.: 326672-001

Oslo tingretts sak 22-165021TVI-TOSL/04

Ankende part 1:	Norges Naturvernforbund Mariboegs gate 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
Ankemospart:	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 – AVGRENSNING AV ANKEN

Saken gjelder gyldigheten av fire enkeltvedtak der selskapet Engebø Rutile and Garnet AS har fått tillatelse til gruvedrift i Engebøfjellet og sjødeponi i Førdefjorden i Sunnfjord kommune.

Ved Oslo tingretts dom av 10. januar 2024 ble staten frifunnet og tilkjent 1,4 millioner kroner i sakskostnader i de ankende parters (heretter omtalt som miljøorganisasjonene) ugyldighetssøksmål.

Dommen ble forkynt 11. januar. Ankefristen er 12. februar, jf. domstoloven § 149.

Miljøorganisasjonene vil, som for tingretten, nedlegge påstand om at de fire statlige tillatelsene er ugyldige.

Gruveprosjektet i Engebø er planlagt med et sjødeponi der restmassene etter utvinning av mineraler (såkalte avgangsmasser) skal deponeres på bunnen av Førdefjorden. Avgangsmassene utgjør om lag 85% av malmen som brytes i fjellet, og staten har gitt tillatelse til deponering av totalt 170 millioner tonn avgangsmasse i fjorden. Miljøorganisasjonene er ikke motstandere av gruvedrift som sådan, men mener at en eventuell gruvedrift både kan og må innrettes slik at sjødeponiet unngås. Den økologiske tilstanden i den aktuelle delen av Førdefjorden er i dag klassifisert som god, og partene er enige om at sjødeponiet vil medføre at tilstanden vil gå fra god til svært dårlig så lenge deponeringen pågår og i lang tid deretter. Miljøorganisasjonene mener for øvrig at miljøkonsekvensene av sjødeponiet kan bli langt mer alvorlige enn det staten legger til grunn i vedtakene.

Etter miljøorganisasjonenes syn hefter det flere ugyldighetsgrunner ved vedtakene. For tingretten ble det blant annet anført mangelfull utredning av driftsformer uten sjødeponi, uforsvarlige prognoser om miljøkonsekvensene av sjødeponiet og uriktig håndtering av mineralavfallsforskriftens krav til avfallshåndteringsplan. Flere av anførselene involverte komplekse faktiske spørsmål som nødvendiggjorde omfattende bevisførsel. Tingrettsbehandlingen var relativt omfattende med en hovedforhandling over 10 rettsdager og en dom på 97 sider.

Miljøorganisasjonenes søksmål finansieres med innsamlede midler. Organisasjonene har ingen økonomisk mulighet til å påanke tingrettsdommen i sin helhet, selv om de mener at tingrettsdommen på en rekke punkter inneholder feil både i rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

Anken er derfor begrenset til å gjelde det spørsmålet som har størst prinsipiell betydning, nemlig vannedirektivets krav om at det må foreligge en «overriding public interest» for at tillatelsene skal kunne gis. I tingrettens dom er spørsmålet i hovedsak behandlet på side 21–39. Dette er et rent spørsmål om lovanvendelse (materiell kompetanse), som i svært begrenset grad vil kreve bevisførsel om faktiske forhold.

Anken omfatter også tingrettens sakskostnadsavgjørelse. Denne reiser prinsipielle spørsmål om anvendelsen av Århuskonvensjonen og generelt om miljøorganisasjoners adgang til domstolsprøving. Det varsles at sakskostnadsspørsmålet derfor vil bli prosedert i større bredde enn det som ofte ellers er vanlig.

Med forbehold om at vi ikke har sett statens anketilsvar, anslår vi at det vil være tilstrekkelig å avsette to til tre dager til ankeforhandlingen.

Slik saken nå avgrenses, er det klart at lagmannsretten vil måtte ta stilling til den generelle tolkningen av vannedirektivets krav om «overriding public interest». Miljøorganisasjonene ber om at lagmannsretten forelegger dette EØS-rettslige tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Dette begrunnes nærmere i punkt 5 nedenfor.

2 ANKESAKEN I ET NØTTESKALL

Partene er enige om følgende utgangspunkter:

- Den økologiske tilstanden i ytre del av Førdefjorden er i dag klassifisert som god.
- Deponering av gruveavfall vil medføre at den økologiske tilstanden blir svært dårlig så lenge deponeringen pågår og i lang tid deretter.
- Vanddirektivet 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 vanddirektivet. Saken gjelder derfor forståelsen av vanddirektivet.
- Vanddirektivet oppstiller et generelt forbud mot slik forringelse og angir hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne gjøres unntak.
- Vanddirektivet retter seg mot alle norske sektormyndigheter. Tillatelsene til deponering av gruveavfall er ugyldige dersom vilkårene i vanddirektivet ikke er oppfylt.
- Et av vilkårene som må være oppfylt, er at tiltaket er nødvendig på grunn av «overriding public interest».

Når vannforskriften og vanddirektivet skal tolkes, er det helt grunnleggende å skille mellom ordinær samfunnsnytte («public interest») og samfunnshensyn som er spesielt tungtveiende («overriding public interest»). I den norske vannforskriften, som skal gjennomføre vanddirektivet i norsk rett, har kravet om at samfunnsnyttene må være «overriding» ikke kommet inn ordlyden. Dette er rotårsaken til at tillatelsene bygger på en uriktig rettsanvendelse.

I vedtakene er det lagt til grunn at vurderingen etter vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er den samme som etter forurensningsloven § 11. Denne misforståelsen har oppstått som følge av den mangelfulle gjennomføringen av vanddirektivet. Feilen i vannforskriften har altså forplantet seg videre til forvaltningsvedtakene.

Miljøorganisasjonene vil anføre at vannforskriften – tolket i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen – forutsetter en annen og strengere vurdering.

Høsten 2023 tok norske myndigheter initiativ til å korrigere vannforskriften. Dette skjedde etter langvarig press fra ESA. I [høringsnotatet fra Klima- og miljødepartementet](#) foreslås det å endre ordlyden i vannforskriften slik at den ligner på ordlyden i direktivet.

Den opprinnelige og gjeldende formuleringen av vilkåret lyder slik:

«samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet»

Den gjeldende formuleringen er foreslått erstattet med følgende:

«Inngrepene eller aktivitetene skal være begrunnet i overordnede samfunnsinteresser, eller deres nytte for menneskers helse, sikkerhet eller en bærekraftig utvikling skal være større enn nytten for miljøet og samfunnet av at miljømålene nås.»

Dette forslaget bekrefter miljøorganisasjonenes syn, nemlig at det bare er spesielt tungtveiende samfunnsinteresser som kan begrunne en forringelse.

Tillatelsene bygger på en rettsoppfatning om at ordinær samfunnsnytte er tilstrekkelig. De bygger dermed på en uriktig forståelse av de EØS-rettslige miljøkravene etter vanddirektivet. Tillatelsene er følgelig ugyldige.

3 OVERSIKT OVER DE HENSYNENE SOM BLE VEKTLAGT I TILLATELSEN

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

I kongelig resolusjon av 19. februar 2016 ble tillatelsen begrunnet slik:

«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%

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 tydelig av første avsnitt at det er de fremtidige inntektene fra gruvevirksomheten som utgjør hovedbegrunnelsen for å tillate tiltaket. Som beskrevet i vedtaket, vil disse inntektene bli fordelt mellom lønnstakere, aksjonærer og skattekreditorer.

De fremtidige inntektene ble også tillagt avgjørende vekt i tidligere instanser. I Miljøverndepartementets vedtak formuleres det slik (U 1826):

«De fremtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet»

En tilsvarende formulering er inntatt i Miljødirektoratets anbefaling av 13. februar 2015 (U 3766):

«Det er helt klart at det er de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten som vil være den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet.»

I resolusjonens andre avsnitt vises det til at gruvevirksomheten vil gi økt sysselsetting og økt lokal bosetting. Dessuten påpekes det at virksomheten vil kunne «dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år». Partene er noe uenige om betydningen av denne formuleringen. Etter miljøorganisasjonenes syn er dette ikke vektlagt som et selvstendig hensyn. Det fremgår av det siterte at dette momentet bare inngår i begrunnelsen for at virksomheten vil kunne «gi økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv».

4 KRAVET OM «OVERRIDING PUBLIC INTEREST» ER IKKE OPPFYLT

4.1 Innledning

Miljøorganisasjonene ber som nevnt om at det innhentes en rådgivende uttalelse, jf. punkt 5 nedenfor. Det vil i så fall bli anledning til å redegjøre mer detaljert for de rettslige anførselene i et innlegg til EFTA-domstolen. Nedenfor gis det derfor bare noen korte bemerkninger til tingrettens dom.

4.2 Prøvingsintensitet

På side 22 tar tingretten som utgangspunkt at den kan prøve rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen, men «ikke forvaltningens skjønnsmessige avveining av lovlige hensyn». Retten gir deretter noen synspunkter på adgangen til å gi dom for abstrakte rettsspørsmål, jf. tvisteloven § 1-3. Dette siste har ikke vært noe tema i saken, og er det heller ikke for lagmannsretten. Det kommenteres derfor ikke nærmere.

Det kan fremstå som noe uklart om tingrettens uttalelser om prøvingsretten gjelder forurensningsloven § 11 og/eller vannforskriften § 12 jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7. Miljøorganisasjonenes syn på prøvingsretten er uansett følgende:

Forutsetningen for at forvaltningen skal kunne gi tillatelse etter forurensningsloven § 11, er at unntaksvilkåret i vanndirektivet er oppfylt. Kravet om «overriding public interest» fungerer dermed som en skranke for forvaltningens kompetanse til å gi tillatelse etter forurensningsloven § 11.

Dersom unntaksvilkåret i vanndirektivet er oppfylt, vil det være opp til forvaltningens frie skjønn om det skal gis forurensingstillatelse etter forurensningsloven § 11. Domstolen kan da ikke fullt ut prøve forvaltningens skjønnsmessige avveining av om tillatelse skal gis. Miljøorganisasjonenes anke er begrenset til forvaltningens anvendelse av vanndirektivet. Spørsmålet om domstolens prøvingsrett under forurensningsloven § 11 behøver ikke lagmannsretten å ta stilling til.

Domstolen kan prøve alle sider av forvaltningens vurdering av om vanndirektivets krav om «overriding public interest» er oppfylt. Dette gjelder både rettsanvendelsen og den konkrete subsumsjonen, men slik at det kan være grunn til en lavere prøvingsintensitet hva gjelder subsumsjonen. I tingretten var staten og miljøorganisasjonene enige om at dette ikke er et fritt skjønn.

Den sentrale feilen i forvaltningens anvendelse av vanndirektivet er at tillatelsen er basert på et uriktig rettslig vurderingstema. Dette har medført at tillatelsen er begrunnet i hensyn som ikke oppfyller kravet til en «overriding public interest». Dette må lede til at vedtaket oppheves, slik at forvaltningen kan gjøre en eventuell ny vurdering med utgangspunkt i et riktig rettslig vurderingstema.

4.3 Tingrettens rettsanvendelse

Tingrettens rettsanvendelse består av et resonnement i to ledd:

- Først konkluderer tingretten med at «overriding public interest» ikke innebærer et krav om kvalifisert eller forhøyet interesseovervekt. Tingretten forstår «overriding public interest» slik at vilkåret «avgrenser interessens art og betydning», og «trekker opp en ytre grense for hva slags hensyn eller interesser som kan være relevante».
- Tingretten drøfter deretter det nærmere innholdet i relevanskravet. På side 38 vurderer retten «om noen av de hensyn Tillatelsene er bygget på faller utenfor de hensyn som kan utgjøre "overriding public interest" etter art 4 nr 7». Retten konkluderer med at alle disse hensynene vil være relevante.

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.

Tingretten har konkludert med at bestemmelsen innebærer et relevanskrav, og ikke et krav om kvalifisert interesseovervekt. Tingretten foretar imidlertid ingen nærmere kvalifikasjon av relevanskravet, men konstaterer bare at den dominerende begrunnelsen for vedtaket, nemlig «hensynet til de samlede fremtidsinntekter» fra gruvevirksomheten, kan utgjøre «overriding public interest» etter artikkel 4 nr. 7.

Et av hovedformålene med vanndirektivet er å beskytte en begrenset ressurs, nemlig gode vannressurser. Derfor oppstilles det et generelt forbud mot å forringe slike ressurser. Det kan gjøres unntak dersom det er helt nødvendig for å løse høyt prioriterte samfunnsoppgaver. Eksempler på hensyn som kan være en «overriding public interest» er drikkevannsforsyning, flomsikring, energiproduksjon og kommunikasjon.

Med tingrettens tolkning vil det å legge til rette for en lønnsom industrivirksomhet – noe som gir grunnlag for bedriftsøkonomisk overskudd, skatteinntekter og arbeidsplasser – i seg selv være tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om «overriding public interest». Tingrettens rettsanvendelse er uriktig fordi den leder til at gode vannressurser kan forringes selv om prosjektet ikke er begrunnet i viktige samfunnsoppgaver.

Resultat av tingrettens tolkning er at vanndirektivets eksplisitte krav om at samfunnsinteressen må være «overriding» blir uten innhold.

4.4 Tingrettens rettskildebruk

Etter miljøorganisasjonenes syn mangler tingrettens rettsanvendelse en klar rettskildemessig forankring uten tilstrekkelig støtte i ordlyd, praksis og teori. Det ligger utenfor rammene av denne ankeerklæringen å gi en detaljert fremstilling av de enkelte rettskildefaktorene. Som nevnt vil miljøorganisasjonene dessuten be om at lagmannsretten forelegger dette EØS-rettslige tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Miljøorganisasjonene vil i den forbindelse gi en utdypende gjennomgang av de relevante rettskilder. Fem hovedpunkter skal imidlertid påpekes.

For det første er det en grunnleggende svakhet at tingretten ikke foretar en nærmere kvalifisering av ordlydens eksplisitte krav om «overriding» public interest. I ordlyden «overriding» ligger et uttrykkelig terskelkrav, uavhengig av om vilkåret anses som et relevanskrav eller en avveiningsnorm. At tingretten legger til grunn at ordinære, økonomiske virkninger av en lønnsom industrivirksomhet utgjør en «overriding public interest», resulterer i en så lav terskel at «overriding»-kriteriet blir bortimot innholdsløst. Tingrettens tolkning bryter med en normal språklig forståelse av ordlyden, og den harmonerer ikke med det EU-rettslige prinsippet om at unntaksvilkår skal tolkes snevert. Ordlyden taler således sterkt mot tingrettens tolkning.

For det andre må kravet om en «overriding public interest» tolkes i lys av at artikkel 4 nr. 7 inneholder to alternative unntaksvilkår. Alternativ 1 forutsetter en «overriding public interest» mens alternativ nr. 2 gjelder tre særlig viktige samfunnsinteresser (helse, sikkerhet og bærekraftig utvikling) som veier tyngre enn nytten av at miljømålene nås. At disse to alternativene oppstilles tilsier at alternativ 1 («overriding public interest») også er begrenset til å gjelde samfunnsinteresser av særlig viktighet.

For det tredje synes tingretten på side 38 å legge betydelig vekt på EU-kommisjonens retningslinjer. Når tingretten på side 38 finner at de samlede fremtidsinntekter faller innenfor «overriding public interest», tillegges det stor vekt at kommisjonens veileder nr. 20/2009 pkt. 3.5.2 nevner «activities of an economic or social nature, fulfilling specific obligations of public services» som innenfor «overriding public interest». Tingrettens tolkning av retningslinjene er etter miljøorganisasjonenes syn uriktig. Tingretten synes å overse at slike tiltak etter retningslinjene både må være uunnværlige («indispensable») og egnet til å oppfylle viktige offentlige forpliktelser («fulfilling specific obligations of public services»), som for eksempel større infrastrukturtiltak og vannforsyningstiltak. Når pkt. 3.5.2 i retningslinjene leses i sin helhet trekker det klart i retning av at gruvevirksomheten i denne saken faller utenfor, og ikke innenfor, kravet om «overriding public interest».

For det fjerde er tingrettens behandling av rettspraksis fra EU-domstolen etter miljøorganisasjonenes syn unyansert. Det er riktig som tingretten påpeker at det ikke finnes en autorativ avklaring av sakens tolknings spørsmål fra EU-domstolen. Tingretten synes imidlertid å overse det mest sentrale som kan utledes av den rettspraksis som foreligger om vanddirektivet artikkel 4 nr. 7. I Schwarze Sulm-avgjørelsen, som er den eneste avgjørelsen tingretten drøfter, var det tale om etablering av et vannkraftverk som skulle fremme omstilling fra ikke-fornybare til fornybare energikilder. Dette må anses å ligge i kjernen av en «overriding public interest».

Fortolkningsavgjørelsen C-43/10 Nomarchiaki, som tingretten nevner, men ikke drøfter, gjaldt avledning av den øvre delen av den greske elven Acheloos inn i elven Pinios. Tiltaket var blant annet begrunnet i jordbruksområders vanntilgang, elektrisitetsproduksjon og drikkevannsforsyning i urbane områder. I saksforberedelsen uttalte Generaladvokaten i avsnitt 85 at tilstrekkelig tilgang til drikkevann er «as a rule, of overriding public interest». De to andre samfunnsnyttehensynene – vanning til jordbruket og elektrisitetsproduksjon – ble ansett som mindre fundamentale, og at det skal mer til for at slike samfunnsinteresser kan begrunne et unntak, jf. Generaladvokatens uttalelse avsnitt 86.

Begge sakene trekker i retning av at «overriding public interest» henviser til helt fundamentale, samfunnskritiske interesser. Den dominerende nyttevirkingen av gruveprosjektet er derimot virksomhetens fremtidige inntekter, samt ringvirkninger av disse. Gruveprosjektet er verken begrunnet i et konkret samfunnsbehov eller fremmer viktige samfunnskritiske funksjoner.

I tillegg har Generaladvokaten i sak C-723/21 Stadt Frankfurt uttalt at samfunnsinteressen må være av en «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.

For det femte ser tingretten bort fra temmelig entydige uttalelser i juridisk teori. Av den teori som foreligger vurderer tingretten kun Inge Lorange Backers uttalelse på s. 293 i *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utgave:

«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.»

I tråd med ordlyden påpeker Backer at vilkåret gir anvisning på et «vesentlighetskrav». På side 36 synes tingretten likevel å se bort fra uttalelsen under henvisning til at det anses usikkert om Backer viser til et relevanskrav eller (også) en avveiningsnorm. Som forklart ovenfor er imidlertid dette valget i stor grad en smakssak som ikke kan begrunne en diskvalifikasjon av Backers hovedpoeng om at det uansett må gjelde et vesentlighetskrav – med andre ord at det dreier seg om et strengt krav. Tilsvarende er entydig lagt til grunn i annen juridisk teori.

4.5 Forholdet til vannforskriften og sakens forvaltningsvedtak

Tingretten uttaler på side 23 at den ikke behøver å ta stilling til om vilkåret i vanddirektivet er strengere enn vurderingstemaet i forurensingsloven § 11. Det er riktig at tingretten ikke skal besvare dette som et løsevet, abstrakt spørsmål. Det er imidlertid dette spørsmålet som er sakens kjerne. Poenget er at vedtakene bygger på et slikt premiss. Konsekvensen er at forvaltningen uriktig har gjennomført en ordinær kost nytte-vurdering, uten noe krav til kvalifisert interesseovervekt eller avgrensning av hvilke samfunnsinteresser som kan inngå i begrunnelsen. Selv om tingretten ikke sier det rett ut, har den i realiteten kommet frem til en tolkning av vanddirektivet som tilsvarer den gjeldende formuleringen av vannforskriften: «samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet».

ESA har i lang tid arbeidet for at norske myndigheter skulle endre denne formuleringen. I brev av 26. oktober 2021 skrev ESA:

«Please explain whether, there is anything which expressly and clearly prevents interpretation of the Norwegian national law provisions transposing Article 4(7)(c) WFD as being wider in scope and application than the provisions in Article 4(7)(c) WFD.»

Årsaken til at ESA tok opp dette spørsmålet, er at vannforskriften ikke reflekterer den høye terskelen i vanddirektivet. Som ESA påpeker, skaper dette en risiko for at forvaltningen kan fatte vedtak basert på et uriktig vurderingstema.

Norge er nå i ferd med å korrigere feilen i selve vannforskriften. Det som gjenstår, er å korrigere de forvaltningsvedtakene som har blitt påvirket av denne feilen.

5 DET BØR INNHENTES EN RÅDGIVENDE UTTAELSE FRA EFTA-DOMSTOLEN

5.1 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.

Domstoladministrasjonen har utarbeidet en egen [veileder om foreleggelse for EFTA-domstolen](#), heretter omtalt som veilederen. Her 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 i punkt 5.2 til 5.6. I punkt 5.7 har vi skissert hvordan spørsmålene til EFTA-domstolen kan formuleres.

5.2 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.

5.3 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.»

Som vist i punkt i 5.7 nedenfor, kan det 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. En slik utpensling av kravet om «overriding public interest» vil gi viktig veiledning både for den aktuelle saken og for fremtidige saker.

5.4 Det er tvil om forståelsen av EØS-retten

I punkt 4 ovenfor har vi vist at tingrettens rettanvendelse ikke har noen klar rettskildemessig forankring. Rettens konklusjoner mangler støtte i ordlyd, praksis og teori. Tingretten påpeker selv at det ikke foreligger en autoritativ avgjørelse fra EU-domstolen. Spørsmålet har heller ikke tidligere vært behandlet i norske domstoler.

5.5 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.

For lagmannsretten er saken begrenset til vanndirektivet. Det er derfor helt sikkert at en rådgivende uttalelse vil være relevant for løsningen av saken.

5.6 Det vil være hensiktsmessig å forelegge spørsmålet

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 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 store kostnader. Det er sannsynlig at en eventuell ankeforhandling i lagmannsretten vil kunne forenkles. Det vil også være mer sannsynlig at saken kan avsluttes i lagmannsretten. Miljøorganisasjonene vurderer det derfor slik at en foreleggelse vil være kostnadsbesparende.

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.

5.7 Forslag til spørsmål

Det er ønskelig at partene i fellesskap kan bli enige om en kort liste med hensiktsmessige spørsmål. Spørsmålene bør utformes slik at svarene gir mest mulig konkret veiledning for ankesaken.

Tingrettens dom er illustrerende for hvilke tolkningsspørsmål saken reiser.

Tingretten drøfter først, i punkt 1.6, hvorvidt det gjelder et krav om kvalifisert interesseovervekt (punkt 1.6). Konklusjonen fremgår allerede innledningsvis i drøftelsen:

«Tingretten finner ikke tilstrekkelige rettslige holdepunkter for at unntaksregelen i art 4 nr 7 også skulle kreve en kvalifisert eller forhøyet interesseovervekt, slik Miljøorganisasjonene har anført. Tingretten finner ingen holdepunkter for et krav om kvalifisert interesseovervekt verken i Vanndirektivets ordlyd, i direktivets fortale, i Kommisjonens Veileder nr 36/2017s omtale av forskjellen mellom "public interest" og "overriding public interest", eller i noen rettspraksis fra ECJ eller noen annen domstol av betydning.»

Tingretten drøfter deretter, på side 38, hvilke hensyn som kan utgjøre «overriding public interest»:

«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.»

Tingretten finner klart at hensynet til sysselsetting og etablering av nye arbeidsplasser i forholdsvis grisgrendte strøk i Vestland fylke ikke faller utenfor "overriding public interest" etter art 4 nr 7. Det samme gjelder hensynet til mineraltilgang på både verdens og Europa-nivå. Etter tingrettens syn legger Resolusjonen både vekt på ressurstilgangshensynet i seg selv, og på at den internasjonale rutiletterspørsels styrke og varighet indirekte underbygger verdiskapnings- og sysselsettingshensynene også på lang sikt. Heller ikke den indirekte hensyntaken finnes å falle utenfor art 4 nr 7.»

Lagmannsretten kan be EFTA-domstolen gi retningslinjer for tolkningen av «overriding public interest» ved å stille følgende spørsmål:

- 1) 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»?
- 2) Kan følgende hensyn utgjøre en «overriding public interest» etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7, og i så fall under hvilke forutsetninger?
 - a. Rene økonomiske interesser
 - 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
 - e. At en privat næringsvirksomhet vil gi økt lokal næringsaktivitet, sysselsetting og bosetting

Formuleringen av spørsmål nr. 1 ligger tett opp til formuleringen av det første spørsmålet i E-3/16 Follo Taxi. Spørsmålsskriftet fra Høyesterett er inntatt på side 31 i veilederen. Oppbyggingen av spørsmål nr. 2 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.

Denne side antar at det ikke er aktuelt å spørre EFTA-domstolen om vedtaket kunne ha vært begrunnet i andre hensyn enn de som er vektlagt i begrunnelsen. Det er en risiko for at slike spørsmål vil bli ansett som hypotetiske. Vi er likevel åpne for å ta med flere spørsmål i foreleggelsen dersom staten ønsker dette. Avhengig av statens tilsvarende, kan det også bli aktuelt med ytterligere spørsmål.

6 BEMERKNINGER TIL TINGRETTENS SAKSKOSTNADSAVGJØRELSE

Anken omfatter også tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Miljøorganisasjonene vil karakterisere tingrettens sakskostnadsavgjørelse som uriktig og uskjønnsom.

Det er ikke riktig, som tingretten antyder, at miljøorganisasjonene «har prioritert andre interesser enn tvistelovens forholdsmessighetsprinsipp ved søksmålets avgrensning og gjennomføring». Tvert om ble bruken av sakkyndige begrenset til et minimum. Miljøkonsekvensene ble belyst ved vederlagsfri sakkyndig vitneførsel fra statlige eksperter, mens spørsmålet om alternative driftsformer ble begrenset til en kort sakkyndig rapport, kombinert med forklaringer over video fra Sintef. Etter miljøorganisasjonenes syn står dette i sterk kontrast til statens valg om å fly inn et sakkyndig vitne fra USA på første klasse for en kort forklaring. Denne forklaringen var etter miljøorganisasjonenes syn av svært begrenset verdi, da den sakkyndige ikke hadde noen konkret kunnskap om gruvedrift i Norge eller det aktuelle prosjektet.

Tingrettens anvendelse av sakskostnadsreglene i tvisteloven er ikke i samsvar med Norges forpliktelser etter Århuskonvensjon. I EU-domstolens dom av 11.01.2024 i sak C-252/22 uttales det at vurderingen ikke kan gjøres kun med utgangspunkt i de saksøkende organisasjoners finansielle situasjon, men må baseres på en objektiv vurdering av kostnadene for enhver potensiell saksøker som har rettslig interesse i å anlegge prinsipielle miljøsøksmål. I avsnitt 74 heter det:

«In that context, account must be taken of both the interest of the person wishing to defend his or her rights and the public interest in the protection of the environment. Consequently, that assessment cannot be carried out solely on the basis of the financial situation of the person concerned but must also be based on an objective analysis of the amount of the costs, particularly since members of the public and associations are naturally required to play an active role in defending the environment. Thus, the cost of proceedings must neither exceed the financial resources of the person concerned nor appear, in any event, to be objectively unreasonable (see, by analogy, judgment of 11 April 2013, Edwards and Pallikaropoulos, C-260/11, EU:C:2013:221, paragraphs 39 and 40).»

Det er derfor svært uheldig at tingretten av eget tiltak har innhentet regnskapsopplysninger og trukket slutninger om miljøorganisasjonenes økonomiske evne til å anlegge miljøsøksmål. Disse slutningene er uriktige og var ikke gjenstand for kontradiksjon.

Tingretten har dessuten lagt vekt på at miljøorganisasjonene har benyttet sin rett å klage og begjære omgjøring under den forvaltningsmessige behandlingen. Miljøorganisasjonene vil anføre at dette ikke kan tillegges vekt i rimelighetsvurderingen under tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

7 VIDERE BEHANDLING

Det er ønskelig at spørsmålet om foreleggelse avklares raskt. Miljøvernorganisasjonene ber derfor om at staten i tilsvaret avklarer og begrunner sitt syn på foreleggelsesspørsmålet, og at det deretter avholdes et eget planmøte om dette temaet før retten treffer sin beslutning.

8 PÅSTAND

På vegne av de ankende parter nedlegges slik påstand:

1. Kongelig resolusjon av 19. februar 2016 er ugyldig.
2. Klima- og miljødepartementets vedtak av 23. november 2021 er ugyldig.
3. Nærings- og fiskeridepartementets vedtak av 6. mai 2022 er ugyldig.
4. Miljødirektoratets vedtak av 23. juni 2023 er ugyldig.
5. Naturvernforbundet og Natur og Ungdom tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

* * *

Ankeerklæringen lastes opp i Aktørportalen av advokat Amund Noss på vegne av begge prosessfullmektiger for de ankende parter. Det bes om at advokat Asle Bjelland også registreres som prosessfullmektig i Aktørportalen.

* * *

Oslo, 12. februar 2024
CMS Kluge Advokatfirma AS



Asle Bjelland
advokat



Amund Noss
advokat