

Saksnummer:
24-036660ASD-BORG/01

Oslo, 26.04.2024
2022-0922 HVA/HVA

Prosesskriv til Borgarting lagmannsrett

Ankende parter: Natur og Ungdom
Postboks 4783 Sofienberg
0506 OSLO

Norges Naturvernforbund
Mariboës gate 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 Mellingen

Begge: Regjeringsadvokaten, Postboks 8012 Dep, 0030 OSLO

1 INNLEDNING

Det vises til rettens beslutning om foreleggelse 5. april 2024 der partene ble gitt frist til 26. april med å inngi omforent forslag til spørsmålsskriv. Partene har dessverre ikke klart å komme til enighet. Statens forslag er sendt i word-format per e-post.

Denne side ønsker å gi noen forklarende merknader til sitt utkast, og kommentere på noen sider ved de ankende parter forslag.

2 PROSESSEN MED SPØRSMÅLSSKRIVET

Som opplyst i prosesskrivet 16. april punkt 2, påtok staten seg ansvaret med å skrive førsteutkast. Dette ble sendt motpartene 12. april. I e-post 15. april opplyste ankende parter at de ikke var enige i utkastet og ga noen overordnede innvendinger. Partene ble enige om at de ankende parter skulle komme tilbake med konkrete innspill i track changes.

Ankende parter sendte over sitt reviderte forslag 23. april. Det var i realiteten ikke tale om et revidert innspill til statens forslag, men et helt nytt forslag på en rekke punkter. Blant annet var store deler av statens forslag til faktumfremstillingen endret, og ankende parter gjentok sitt tidligere forslag til spørsmålsstillingen uendret. Forslaget ble ikke akseptert av denne side.

Denne side sendte 24. april et nytt utkast der vi tok utgangspunkt i vårt tidligere utkast og tok inn noen av ankende parter endringsforslag. Ankende parter sendte 25. april et nytt forslag, der noen av statens endringsforslag var tatt til følge. Ingen av forslagene ble akseptert. Ulike forslag ble delt mellom partene 25. april. De ulike forslagene har gjort at partene har nærmet seg på noen punkter (punkt 1, 2, 4 og deler av punkt 5). Partene har helt ulike forslag til faktumfremstillingen (punkt 3) og spørsmålene (punkt 8).

3 OM STATENS FORSLAG

3.1 Statens forslag til spørsmålsskriv

Statens forslag er skrevet på engelsk, i font Arial med tekststørrelse 12 og halvannen linjeavstand. Dette i tråd med EFTA-domstolens Guidance for Counsel punkt 4.

En rekke av fotnotene er inntatt i rød tekst (note 6, 10-17, halve 19, 20-21, 23-24, 26 og 30-33). Disse fotnotene er inntatt for at lagmannsretten skal kunne se hvor i tingrettens dom eller vedtakene de ulike faktaopplysningene inntatt i skrevet er hentet fra. Årsaken til at denne side har sett seg nødt til å ta inn fotnoter er at ankende parter forsøker å skape et inntrykk av at faktumet som her gjengis, er omstridt, selv om det ikke lenger anføres at vedtakene lider av feil faktum. De rødmarkerte fotnotene kan med fordel tas ut før spørsmålsskrivet sendes EFTA-domstolen. Dette for å lette lesingen av teksten.

Det er inntatt to sitater i rød tekst i skrevet. Staten mener faktum bør beskrives gjennom prosa, og at det ikke er nødvendig å sitere fra de norske vedtakene i skrevet. I

foreleggelsessaker skal EFTA-domstolen få forelagt faktum av den nasjonale domstolen, og det er ikke EFTA-domstolens oppgave å tolke norske forvaltningsvedtak. Den røde teksten kan derfor med fordel tas ut. Ettersom de ankende parter har foreslått at det tas inn en rekke sitater, har staten likevel valgt å gi sitt syn på hva som eventuelt skal siteres, og hvordan sitatene best kan oversettes.

Partene er enige om å sende sine anførsler direkte til domstolen. Ankende parters anførsler må derfor hentes fra deres forslag.

Denne side har valgt å omtale sjødeponiet som et «submarine tailings disposal». Dette er i tråd med begrepsbruken til Kommisjonen i [BAT Reference Document for the Management of Waste from Extractive Industries in accordance with Directive 2006/21/EC](#) s. 88. Avgangen som skal deponeres i sjødeponiet, er omtalt som «tailings», som er det engelske begrepet for gruveavgang, og ikke det mer generelle «mining waste».

3.2 Statens forslag til spørsmål

Statens forslag fremgår av punkt 8. Fordelene med utformingen sammenlignet med ankende parters forslag er beskrevet i prosesskrivet 16. april punkt 4.

Tross gjentatte anmodninger, har ankende parter ikke ønsket å gi innspill til statens forslag. For å søke å nå et kompromiss har staten inntatt et alternativt forslag til spørsmål 3 avslutningsvis i vårt forslag til spørsmålsskriv. I forslaget er beskrivelsen av de ulike hensynene i ankende parters spørsmål nr. 2 b-d + nr. 3 a gjengitt ordrett. Dette er fordi ankende parter har fremholdt at det er «helt avgjørende å beholde» spørsmål nr. 2 b-d (prosesskrivet 19. april side 4). Kompromissforslaget ble ikke akseptert av ankende parter.

4 NOEN MERKNADER TIL DE ANKENDE PARTERS FORSLAG

4.1 Ankende parters forslag til spørsmålsskriv

Som det vil fremgå av de to forslagene, har partene til dels svært ulike innfallsvinkler til hva som bør stå i spørsmålsskrivet. Dette gjelder i hovedsak del 3, 5 og 8. Staten vil peke på noen av svakhetene ved de ankende parters forslag (basert på det siste utkastet staten mottok 25. april):

- Det nevnes ikke noe sted at saken har vært behandlet av tingretten, og det vises ikke til tingrettens dom. Det nevnes heller ikke at ESA tidligere har vurdert klagesaker (fra de samme partene) om det samme sjødeponiet. Dette er klart relevante opplysninger.
- Det opplyses ikke om at partene for lagmannsretten er enige om at de øvrige vilkårene i vanddirektivet artikkel 4(7) er oppfylt. I stedet fremstilles det som om partene fortsatt er uenige om dette.
- Beskrivelsen av tvistegjenstandene og sammenhengen mellom vedtakene i punkt 3.1 er verken presis eller nøytral. Staten er heller ikke enig i ankende parters

utlegging av sammenhengen mellom vedtakene i punkt 3.1 (se anketilsvaret side 4 siste kulepunkt).

- De faktiske ringvirkningene av Engebø-prosjektet (antall arbeidsplasser, produksjonsnivå osv.) er ikke beskrevet (slik de er i punkt 3.2 i statens forslag). Det er uheldig da det nettopp er ringvirkningene saken nå i første rekke gjelder (nærmere bestemt om disse utgjør «overriding public interest»). I stedet er det i ankende parter forslag til punkt 3.2 inntatt et sitat fra den kongelige resolusjonen 19. februar 2016 som beskriver hvordan oppredningen av malmen på Engebø skal skje – det er irrelevant for saken slik den står for lagmannsretten. Ankende parter har for øvrig aldri anført at vedtakene bygger på feil faktum hva gjelder beregningene av ringvirkningene.
- Fremstillingen punkt 3.3 gir inntrykk av at faktum hva gjelder miljøkonsekvensene av sjødeponiet, fortsatt er omstridt mellom partene. Det er det ikke. De ankende parter har for lagmannsretten ikke opprettholdt anførselen om at vedtakene her bygger på feil faktum eller utilstrekkelig utredning. Faktum i vedtakene og i tingrettens dom skal derfor legges til grunn (se punkt 3.3 i statens forslag).
- Omtalen av miljøkonsekvensene i punkt 3.3 er ikke komplett og er egnet til å lede til misforståelser. Det siteres fra deler av oppsummeringen i Klima- og miljøverndepartementets vedtak 5. juni 2015 hvor det fremgår at vannstatusen vil være «bad ... for a long time thereafter». Samtidig opplyses det ikke at det i den foregående detaljerte drøftelsen av konsekvensene for bunnfaunaen konkluderes med at «mesteparten av deponiområdet vil sannsynligvis være rekolonisert innen 10 år» (vedtaket side 10). Videre bygger vedtaket på at den økologiske statusen til Førdefjorden-ytte vil bli «dårlig» (poor) og ikke «svært dårlig» (bad) (vedtaket side 20). Neste avsnitt i oppsummering i vedtaket på side 22 er også utelatt. Her fremgår det at det ikke vil skje andre endringer som medfører forringelse av den økologiske tilstanden. Det fremgår heller ikke på annen måte av forslaget at den økologiske tilstanden til områdene over og utenfor det regulerte deponiet ikke vil bli påvirket (vedtaket side 20-21). Det opplyses heller ikke om at vannforekomsten vil fortsette å ha «god» kjemisk status (som er en selvstendig del av forpliktelsen etter vanddirektivet artikkel 4(1)(a), jf. artikkel 2(18)).
- I punkt 3.2-3.3 gjengis faktum primært indirekte gjennom bruk av sitater fra ulike vedtak, fremfor at faktum beskrives i prosa. Dette er uheldig da det kan etterlatte et inntrykk av at det er EFTA-domstolens oppgave å tolke de norske forvaltningsvedtakene. Det er det ikke. Spørsmålet om hvordan vedtakene skal tolkes har lagmannsretten slått fast at ligger til norske domstoler. EFTA-domstolen skal på sin side få faktum beskrevet og skal slippe å måtte tolke seg frem til dette.
- I punkt 3.4 legges det til grunn at den kongelige resolusjonen 19. februar 2016 skal tolkes slik ankende parter mener at den skal tolkes (og i strid med tingrettens tolkning av vedtakene i dommen på side 23). Staten er naturlig nok ikke enig i

tolkningen, og kan heller ikke se at det er nødvendig å omtale spørsmålet. Lagmannsretten har i beslutningen 5. april fremholdt at det ligger til norske domstoler å tolke vedtaket, og spørsmålet om betydningen av begrunnelsen for prøvingen ble besluttet *ikke* forelagt.

- Det gis ingen oversikt over saksbehandlingen for forvaltningen (se statens forslag punkt 3.5). Det opplyses ikke at det er gjennomført konsekvensutredninger, at de har vært på høring, eller at alle vedtakene har vært gjenstand for klagebehandling. Dette er forhold tingretten vektlegger med henvisning til CIS Guidance Document no. 36 (dommen s. 38-39, jf. s. 28 annet strekpunkt).
- Ankende parter bruker i punkt 4.2 mye plass på prosessen frem mot den foreslåtte endringen av ordlyden i vannforskriften § 12(2)(b). Staten kan ikke se at det er grunn til å bruke mye tid på dette all den tid EFTA-domstolen skal tolke vanndirektivet og ikke vannforskriften (se også tingrettens dom side 27 nest siste avsnitt). Endringen er heller ikke vedtatt. Den brede omtalen fremstår som påfallende holdt opp mot at sakene for ESA som gjelder norske sjødeponier, herunder på Engebø, ikke er omtalt i forslaget.
- Ettersom spørsmålsskrivet ikke skal ta stilling til uenigheten mellom partene, bør beskrivelsen av EU-retten være så nøytral som mulig. Rettskildene bør derfor fortrinnsvis gjengis, men ikke tolkes. I punkt 5 i ankende parter forslag forutsettes det imidlertid at *Commission v Austria ("Schwarze Sulm")*, C-346/14, EU:C:2016:322, avsnitt 69-71 ikke er særlig relevant for løsningen av saken. Det var tingretten ikke enig i (se dommen side 29-30 og 37). Det uttales også generelt at eksisterende rettspraksis fra EU-domstolen ikke gir veiledning for saken. Også det er partene naturlig nok uenige i. Fremstillingen i punkt 5.1 forutsetter videre at «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel (4)(7)(c) skal tolkes i lys av læren om restriksjoner på de fire friheter. Også her er partene uenige (se statens prosesskriv 3. april punkt 5.2.2).
- Den ensidige fremstillingen av rettskildene i punkt 5 understrekes ved at de ankende parter verken siterer fra CIS Guidance Document no. 36 side 59-60 (tingrettens dom side 27-29, 36 og 37-38), viser til Joint Statement til EFTA-komiteens beslutning 125/2007 om å innlemme vanndirektivet i EØS-avtalen (tingrettens dom s. 22 og 37), eller viser til *Regina v Secretary of State for the Environment, ex parte Royal Society for the Protection of Birds ("Lappel Bank")*, C-44/95, EU:C:1996:297 (som omtaler økonomiske hensyn direkte).
- Fremstillingen av EU-retten bør fortrinnsvis bygge på autorative kilder som ordlyd, kontekst, formål og praksis fra EU-domstolen, og ikke juridisk litteratur.
- Det har vært noen upresisjoner i ankende parter gjengivelse av faktum i de omtalte dommene fra EU-domstolen. Gitt dialogen 25. april, antar denne side at en del av disse er rettet opp i siste versjon som sendes retten. *Commission v*

Spain, C-404/09, EU:C:2011:768 gjelder ikke bare utvidelse av eksisterende gruveprosjekter (se generaladvokatens uttalelse avsnitt 26-28).

- Ankende parter omtaler ikke det forhold at det ennå ikke forelå en godkjent vannforvaltningsplan som omfattet Engebø på tidspunktet for den kongelige resolusjonen. Videre er alle referanser til EU-domstolens praksis om betydningen av dette tatt ut (se statens forslag side 14-15). Dette er viktige saksopplysninger ettersom vannforvaltningsplaner («river basin management plans») har en sentral funksjon etter vanndirektivet (herunder for artikkel 4).

4.2 Ankende parters forslag til spørsmål

Denne side rakk ikke å svare på ankende parters prosesskriv 18. april før retten sendte sitt brev 19. april. Til prosesskrivet vil denne side bemerke:

Ankende parters forslag til hovedspørsmål nr. 1 er meget generelt utformet, og det er uklart hvilket eller hvilke tolkningsspørsmål som faktisk søkes avklart gjennom spørsmålet. Tross gjentatte anmodninger herfra under arbeidet med spørsmålene, har ankende parter ikke klart å vise til noen generell tolkningsuenighet mellom partene som ikke dekkes av denne sides mer spissede forslag til spørsmål nr. 1 og 2. Underspørsmål a) bygger på en forutsetning om at den *enten* kreves kvalifisert interesseovervekt, *eller* så er kun «particularly important public interest» relevante. Underspørsmål b) er svært generelt utformet, og denne side har vanskelig for å se at det er nødvendig å stille underspørsmålet i tillegg til spørsmål som går direkte på de aktuelle hensynene i vår sak (spørsmål 3 i statens forslag og spørsmål 2 og 3 i ankende parters forslag).

Hva gjelder ankende parters forslag til spørsmål nr. 2 og 3:

- Det foreligger ett tolkningsspørsmål som skal avklares gjennom spørsmålene (se statens prosesskriv 16.4 punkt 1). Denne side kan vanskelig se at det skal være nødvendig å stille 14 spørsmål/underspørsmål for å få svar på dette ene spørsmålet.
- Spørsmålet om «under what conditions» hensynene kan være relevante er unødvendig generelt formulert. Lagmannsretten skal ikke ta stilling til når alle de aktuelle hensynene generelt kan utgjøre «overriding public interest». Mer konkrete spørsmål øker sannsynligheten for at EFTA-domstolens svar vil gi konkret veiledning i saken, jf. DAs veileder punkt 11.2.
- Det bør stilles spørsmål EFTA-domstolen faktisk kan besvare. Gitt den lave terskelen for at det skal foreligge forringelse, og den store variasjonen i tiltak som kan falle inn under vanndirektivet artikkel 4(7), er det høyst uklart om det lar seg gjøre å gi et noenlunde presist svar på «under what conditions» de ulike hensynene generelt kan være av «overriding public interest», særlig hensyntatt hvor generelt formulert en rekke av hensynene er.

REGJERINGSADVOKATEN

- Ankende parter opplyser i prosesskrivet 19. april side 2 at begrunnelsen for å dele opp hensynene i spørsmål nr. 2 og 3 er at inndelingen tilsvare hhv. ankende parters pretensjoner av hvordan vedtaket skal tolkes og statens pretensjoner om hvordan vedtaket skal tolkes (eller snarere ankende parters pretensjoner om hvordan staten tolker vedtaket). Det er altså ingen rettskildemessig eller pedagogisk begrunnelse for inndelingen i to spørsmål. Inndelingen følger heller ikke tingrettens tolkning av begrunnelsen i vedtaket, se tingrettens dom side 23. Å dele hensynene opp i ulike spørsmål innebærer å legge føringer for EFTA-domstolens vurdering som denne side ikke kan se at det er grunnlag for.
- Det er uklart hvilket hensyn i vedtaket underspørsmål 2 a) er ment å tilsvare som ikke allerede omfattes av spørsmål 2 nr. b-d og spørsmål 3 a.

• • •

Oslo, 26. april 2024

REGJERINGSADVOKATEN

Henrik Vaaler
advokat