

REGJERINGSADVOKATEN

Oslo, 31.03.2020
2016-0727 FSE/ANW

ANKETILSVAR

TIL

HØYESTERETT

Borgarting lagmannsrett sak nr: 18-060499ASD-BORG/03

Ankende parter: Föreningen Greenpeace Norden
Postboks 33 Torshov, 0412 OSLO

Natur og Ungdom
Torggata 34, 0183 OSLO

Partshjelpere: Besteforeldrenes klimaaksjon
c/o Lund & Co
Akersgata 30, 0158 OSLO

Naturvernforbundet
Mariboegate 8, 0184 OSLO

Prosessfullmektiger: Advokat Cathrine Hambro
Wahl-Larsen Advokatfirma AS
Fr. Nansens pl. 5, 0160 OSLO

Advokat Emanuel Feinberg
Advokatfirmaet Glittertind AS
Postboks 1383 Vika, 0114 Oslo

Ankemotpart: Staten v/Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 OSLO

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokat Fredrik Sejersted
Postboks 8012 Dep
0030 OSLO

Rettslige medhjelpere: Advokat Anders Wilhelmsen, Regjeringsadvokaten
Advokat Ane Sydnes Egeland, Regjeringsadvokaten

REGJERINGSADVOKATEN

1 INNLEDNING

Jeg viser til ankeerklæring av 24. februar, og lagmannsrettens brev av 10. mars, der fristen for anketilsvar ble forlenget til 31. mars 2020.

Staten vil gjøre gjeldende at lagmannsrettens dom er korrekt i resultatet, og legge ned påstand om at anken forkastes.

Saken gjelder gyldigheten av enkeltvedtak truffet av Kongen i statsråd den 10. juni 2016 om tildeling av utvinningstillatelser i 23. konsesjonsrunde. Dette er i hovedsak angrepet på to grunnlag. For det første anføres det at de miljømessige konsekvensene av vedtaket samlet sett er så skadelige at det strider mot en materiell grense etter grunnloven § 112. For det andre anføres det at vedtaksprosessen lider av saksbehandlingsfeil.

Begge grunnlag er nå grundig behandlet i to runder, av tingretten og lagmannsretten. Begge er anket videre til Høyesterett, i all hovedsak slik de sto for lagmannsretten.

Staten er enig i at tolkingen av grunnloven § 112 er et spørsmål som bør behandles og avklares av Høyesterett.

Derimot er staten ikke enig i at anførselene om saksbehandlingsfeil er av en slik karakter at det er naturlig å ta dem til behandling i Høyesterett. Dette er nå grundig vurdert i to instanser, og som presisert av lagmannsretten er det klart det ikke foreligger feil ved saksbehandlingen som kan ha virket inn på vedtakets gyldighet. Hvis Høyesterett skal gå inn i saksbehandlingen, vil dette dessuten (som for tingrett og lagmannsrett) kreve en omfattende gjennomgang av beslutningsprosessene i hele perioden 2010-2016, både ved åpningen av Barentshavet Sør Øst i 2013 og vedtaket om 23. runde i 2016, som vil ta tid og oppmerksomhet fra de prinsipielle spørsmålene om tolkingen av § 112. Dette er nærmere drøftet i avsnitt 3 nedenfor.

Til tolkingen av § 112 vil staten for Høyesterett fastholde sin prinsipale anførsel, som er at bestemmelsens rettslige innhold primært følger av tredje ledd, som en tiltakspålegg, og at første ledd må sees mer som en grunnsetning. Dette er den tolkingen som etter statens syn er best i samsvar med tradisjonell rettskildelære, og som støttes av reelle hensyn.

Alternativt vil staten fastholde sin subsidiære anførsel, som er at § 112 første og tredje ledd må sees i sammenheng, slik at første ledd på nærmere vilkår kan gi anvisning på en materiell terskel, men at den må vurderes i lys av hvilke tiltak som er truffet. Dette er etter statens syn en *mulig* tolking, men den er klart rettskappende, og forutsetter at rettskildene strekkes lenger enn det som er vanlig i norsk rettskildelære. Under dette alternativet kan staten i hovedsak slutte seg til lagmannsrettens tolking, men med noen nyanseringer og supplerende merknader. Dette er kort kommentert nedenfor i avsnitt 2, og vil bli utførlig utdypet for Høyesterett.

Dersom Høyesterett slipper inn spørsmålet om saksbehandlingsfeil, kan staten i hovedsak vise til lagmannsrettens grundige gjennomgang, men vil på nytt måtte gå gjennom og dokumentere helheten i beslutningsprosessene i perioden 2010-2016. Staten vil for Høyesterett fastholde at vedtaket tilfredsstillende alle saksbehandlingskrav, og at det under ingen omstendighet er feil eller mangler som kan ha virket inn på gyldigheten.

De ankende parter har tatt forbehold om å påberope krenkelse av EMK art. 2 og 8 og grunnloven §§ 93 og 102 som ugyldighetsgrunnlag, dersom staten opprettholder sitt prinsipale syn på tolkingen av grl. § 112. Hvis de ankende parter kommer til at de vil anføre slike krenkelser vil

REGJERINGSADVOKATEN

staten komme tilbake til sitt syn på dette, slik det ble prosedert for lagmannsretten. Etter statens syn er det klart at vedtaket om 23. runde ikke er i strid verken med EMK art. 2 eller 8, eller med grl. §§ 93 og 102. Staten kan her i hovedsak tiltre lagmannsrettens vurderinger, med noen nyanseringer og suppleringer, som vi kan komme tilbake ved behov.

2 STATENS SYN PÅ TOLKNINGEN AV GRUNNLOVEN § 112

Lagmannsretten kom til at grl. § 112 første ledd gir materielle rettigheter som kan prøves for domstolene, men at det sentrale ved prøvingen av denne retten er om det aktuelle inngrepet er kompensert ved tilstrekkelige tiltak truffet i medhold av tredje ledd. Ved valg av tiltak la lagmannsretten til grunn at myndighetene har en bred skjønnsmargin, og at det dermed må være en forholdsvis høy terskel for å sette til side enkeltvedtak som stridende mot § 112.

De ankende parter har tidligere anført at § 112 første ledd inneholder en materiell rettighet som er uavhengig av tiltaksplikten i tredje ledd, enten som et absolutt forbud mot myndighetshandlinger som innebærer et inngrep i rettigheten, eller en relativ regel etter mønster fra EMK. I anken uttaler de ankende parter at de nå i «hovedsak» er enige i lagmannsrettens tolkning. Staten oppfatter dermed at ankende parter ikke lenger anfører at § 112 første ledd inneholder en selvstendig materiell rettighet uavhengig av tredje ledd.

Staten har på sin side prinsipielt anført at § 112 første ledd ikke inneholder en materiell rettighet som gir private krav på et bestemt resultat. Det materielle innholdet i § 112 ligger etter statens syn i koblingen til tredje ledd som angir statens plikt til å treffe tiltak for å sikre miljøet.

Denne tolkingen vil staten for Høyesterett fastholde som den rettslig riktige – det vil si den som samsvarer best med vanlige generelle prinsipper for grunnlovstolkning og med de rettskildene som er relevante for § 112, herunder ordlyd, forhistorie, grunnlovsgivers vilje og reelle hensyn av både prinsipiell og retts teknisk karakter.

Statens prinsipielle tolkingsalternativ innebærer at det rettslige innholdet i § 112 i første rekke er knyttet til tiltaksplikten etter tredje ledd. Denne vil kunne bli gjenstand for domstolsprøving hvor temaet er om tiltaksplikten generelt er overholdt, og resultatet på klimaområdet kan eventuelt være at det fastsettes at myndighetene ikke gjør nok. I denne saken er imidlertid spørsmålet om et enkeltvedtak kan settes til side som ugyldig fordi tiltaksplikten ikke er overholdt. For at det skal kunne skje, vil bestemmelsen måtte innebære et forbud mot tiltak som har negative konsekvenser for klima og miljø, noe staten mener den klart nok verken er eller er ment å være. Tiltaksplikten er med andre ord positiv, ikke negativ.

Subsidiært vil staten anføre at § 112 skal tolkes på linje med det lagmannsretten har lagt til grunn, med noen nyanseringer. Dette er en mulig tolking, selv om den etter statens syn rettslig sett ikke er den mest nærliggende. Videre vil det kunne være betydelige problemer med å operasjonalisere en regel med et slikt innhold. Særlig kan dette illustreres ved å vise til at lagmannsretten for å få sammenheng mellom en materiell rettighet i første ledd og tiltaksplikten i tredje ledd, er nødt til å vurdere det enkelte vedtaket med negative konsekvenser for klima, opp mot helheten i de tiltak norske myndigheter har iverksatt på klimaområdet, dvs. hele den norske klimapolitikken. For de som treffer vedtak som har negative klimakonsekvenser vil det være problematisk å forholde seg til en regel som innebærer at alle slike vedtak vil måtte vurderes opp mot helheten i den norske klimapolitikken.

REGJERINGSADVOKATEN

For domstolenes vedkommende løste lagmannsretten dette ved å sette terskelen for overprøving «forholdsvís høyt» og at myndighetene må ha stor skjønnsfrihet ved valg av tiltak. På dette punkt er de ankende parter uenige med lagmannsretten. I anken anføres det at staten ikke har en slik skjønnsfrihet, og at skjønnsfriheten uansett bare gjelder valg av tiltak. Domstolene må etter de ankende parters syn uansett overprøve om summen av tiltak er tilstrekkelige til å kompensere for klimavirkningene av vedtaket, som kommer oppå klimavirkningene av all annen virksomhet i Norge eller som skjer ved bruk av petroleum utvunnet på norsk sokkel.

Summen av dette vil i realiteten være at § 112 inneholder et forbud mot enhver tillatelse som fører til utslipp så lenge ikke faktisk iverksatte tiltak beviselig er tilstrekkelige til å møte behovet for utslippskutt. Det har formodningen mot seg at Stortinget i mai 2014 vedtok en regel med et slikt innhold, tre uker før Stortinget stemte ned et forslag om å stanse tildelingen av utvinningstillatelser i 23. runde med 95 mot 3 stemmer, jf. Innst. 206 S (2013–2014) og voteringen på Stortinget 5. juni 2014 (faktisk utdrag for lagmannsretten side 3854 og 3862).

At myndighetene skal ha en betydelig skjønnsmargin følger for øvrig uttrykkelig av forarbeidene til bestemmelsen. Også ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble dette understreket, jf. Innst. 187 S (2013-14) på side 25 der det heter at «[h]vilke tiltak blir opp til ethvert storting å vedta».

I lagmannsrettens dom er det på s. 20-21 lagt til grunn at § 112 i prinsippet også må omfatte virkningene av eksport av olje og gass fra Norge, som forbrennes i utlandet. Staten vil for Høyesterett fastholde at det er en tolkning som er vanskelig å forene med hele grunnprinsippet for internasjonalt klimasamarbeid, som er at hver stat har ansvaret for utslipp fra eget territorium – og som også er grunnleggende for regulering og organisering av nasjonal norsk klimapolitikk. En slik tolking er også åpenbart uten forankring i grunnlovsgivers vilje – da det har formodningen sterkt imot seg at et flertall på Stortinget uten nærmere diskusjon ville ha vedtatt en regel som på denne måten setter mulige skranker for Norges viktigste eksportindustri.

Selv om lagmannsretten kommer til at også virkninger av eksport i prinsippet kan være omfattet av § 112, gjelder dette bare virkninger så langt de inntreer i Norge (dommen s. 21). Dette er de ankende parter uenige i. Etter statens syn er dette imidlertid, som påpekt av lagmannsretten, en klar og nødvendig konsekvens av de generelle prinsippene for grunnlovens virkeområde.

3 SAKSBEHANDLINGEN

For tingretten og lagmannsretten anførte de ankende parter at vedtaket led av en rekke saksbehandlingsfeil. I ankeerklæringen er det uttalt at anførslene om saksbehandlingsfeil for Høyesterett vil «konsentreres omkring brudd på forvaltningsrettslige utredningsplikter» i to relasjoner. Det er uklart for staten om de ankende parter i og med det frafaller øvrige anførsler knyttet til saksbehandlingen.

De to saksbehandlingsanførslene som uttrykkelig videreføres er (i) at vedtakets bidrag til klimautslipp ved forbrenning av eksportert petroleum ikke er utredet, og (ii) at utredningen av de næringsmessige virkningene som ble gjort i forbindelse med åpningen av Barentshavet Sør Øst er mangelfull. Begge anførslene er vurdert av både tingretten og lagmannsretten, som etter grundige vurderinger kom til at ingen av forholdene utgjorde saksbehandlingsfeil som kunne ha virket inn på vedtakets innhold.

REGJERINGSADVOKATEN

Det angrepne vedtaket dreier seg om tildeling av ti utvinningstillatelser, jf. petroleumsloven §§ 3-3 og 3-5. Ved tildeling av utvinningstillatelser gjøres det ingen konsekvensutredning, heller ikke av nærings- og miljømessige virkninger. Slike konsekvensutredninger gjøres dels ved åpning av havområder for petroleumsvirksomhet, jf. petroleumsloven § 3-1, og dels ved tillatelse til faktisk utvinning av petroleum, jf. petroleumsloven §§ 4-2 og 4-3.

De utredningene som de ankende parter anfører er mangelfulle, er dermed de som ble foretatt ved åpningen av Barentshavet Sør Øst for petroleumsvirksomhet i 2013, som i så fall bare har betydning for gyldigheten av de tre utvinningstillatelsene som ble gitt i dette området. Tidligere har de ankende parter anført at det skulle vært foretatt slike utredninger også ved vedtaket om tildeling av utvinningstillatelser etter § 3-3, til tross for at dette ikke følger av loven eller dens system. Staten oppfatter det slik at denne anførselen ikke er videreført.

Hva gjelder utredningen av næringsmessige forhold er det sentrale temaet for ankende parter at det tallet som ble presentert i åpningsmeldingen som den mulige verdien på petroleumsressursene i utredningsområdet, ikke var diskontert (Meld. St. 36 (2012-2013) s. 3408) (faktisk utdrag for lagmannsretten side 3408). I tillegg er det en rekke andre forhold de ankende parter mener burde vært tatt hensyn til i vurderingen.

Grunnen til at det verken er hensiktsmessig eller et rettslig krav om å foreta en slik detaljert utredning av næringsmessige forhold, som de ankende parter ønsker seg når et område åpnes for petroleumsvirksomhet, er at det på det tidspunktet er usikkert om og eventuelt hva man finner av petroleum i området. I tråd med dette heter det i Ot.prp. nr. 43 (1995-96) i [merknadene til § 3-1](#):

«Departementet vil imidlertid påpeke at det primært er virkningene av aktivitetene i letefasen som må utredes i medhold av § 3-1. På tidspunktet for vurdering av åpning er det umulig å ha en klar formening om det vil bli gjort funn eller om disse vil bli gjenstand for utbygging. På denne bakgrunn kan det være praktisk vanskelig å ha særlig omfattende utredninger om utbyggings og driftsfasen. Dessuten er det egne bestemmelser i loven om konsekvensutredninger før utbygging kan igangsettes, jf § 4-2 annet ledd som også er gitt tilsvarende anvendelse for § 4-3.»

For at det i det hele tatt skal være mulig å si noe om driftsfasen, etableres det ved en åpning et lavt og et høyt scenario for volum petroleum, som man så baserer videre beregninger på. Det å foreta presise økonomiske analyser basert på disse scenariene, vil ikke være egnet til å si noe presist om faktiske næringsmessige konsekvenser. Som lagmannsretten fremhever, er formålet først og fremst å utrede om det er et potensiale for inntekter for staten. Det sentrale avsnittet fra lagmannsretten i denne sammenheng er det andre hele avsnittet på side 37 i dommen, som avsluttes med:

«Samlet sett kan lagmannsretten ikke se at det er noen reell mulighet for at manglende diskontering, eller manglende presisering av at tallene ikke var diskontert, hadde betydning for beslutningen om åpning.»

Staten vil anføre at manglende diskontering ikke er noen saksbehandlingsfeil. Uttalelsen fra lagmannsretten viser tydelig hvorfor dette uansett ikke er et spørsmål Høyesterett bør behandle – det er ingen reell mulighet for at en eventuell feil her kan ha virket inn på beslutningen.

Anførselen knyttet til manglende utredning av klimautslipp ved forbrenning av eksportert petroleum, stiller seg litt annerledes ettersom det er på det rene at dette ikke er utredet. I den

REGJERINGSADVOKATEN

grad det er et krav om at dette utredes, lider dermed vedtaket av saksbehandlingsfeil på dette punkt. Lagmannsretten tok ikke endelig stilling til om dette var et saksbehandlingskrav men uttalte at «[d]ette med fordel kunne ha» blitt utredet, se siste hele avsnitt på side 39 i dommen. Lagmannsretten pekte samtidig på at det er mer naturlig å vurdere denne konsekvensen på overordnet nivå, fremfor i den enkelte konsekvensutredning.

Det sentrale må her være at lagmannsretten har foretatt en grundig vurdering der resultatet er at dette uansett ikke kan ha virket inn på vedtakets innhold. Samtidig er det på det rene at dersom Høyesterett skulle komme til at grl. § 112 materielt omfatter utslipp som foregår i utlandet ved forbrenning av petroleumsprodukter eksportert fra Norge, så vil det nødvendigvis motsvares av en plikt til å utrede dette etter § 112 annet ledd. Som lagmannsretten er inne på er det ikke gitt at denne utredningen bør skje i forbindelse med hver enkelt konsekvensutredning. I dag gjøres det i en rekke sammenhenger utredninger av klimakonsekvenser av nasjonale utslipp på overordnet nivå, mest sentralt ved nasjonalbudsjettet hvert år og ved perspektivmeldingen hvert fjerde år. I tillegg kommer rapporteringen til Stortinget under klimaloven og rapporteringen som skjer under FNs klimakonvensjon.

I tilfelle Høyesterett kommer til at internasjonale utslipp fra eksport av norskprodusert petroleum er omfattet av § 112, vil det i neste omgang være opp til Regjering og Storting å ta stilling til hvordan og i hvilke sammenhenger dette skal utredes. Slik staten ser det, er det dermed ikke behov for at Høyesterett behandler spørsmålet om § 112 innebærer en plikt til å utrede internasjonale klimautslipp, om denneplikten ikke er overholdt ved utredningen forut for åpningen av Barentshavet Sør Øst i 2013, og om dette eventuelt har hatt betydning for vedtakets innhold.

Tingretten og lagmannsretten behandlet saken over syv dager. For begge instanser gikk om lag halvparten av tiden med til bevisførsel og prosedyre knyttet til saksbehandlingen. Selv om anførselene knyttet til saksbehandling er konsentrert for Høyesterett vil det, dersom saksbehandlingen slipper inn til behandling i avdeling, være nødvendig å gjennomgå systemet for åpning, tildeling og utvinning, de utredninger som ble gjort ved åpningen av Barentshavet Sør Øst i 2013, de utredninger og vurderinger som gjøres ved tildeling av utvinningstillatelser og de utredninger og vurderinger som vil gjøres på et fremtidig tidspunkt hvis det blir snakk om faktisk utvinning. Dette gjelder begge de saksbehandlingsanførselene ankende parter uttrykkelig har videreført. Selv om det ikke er gjort en utredning av utslipp fra forbrenning i utlandet av det produktet som eventuelt vil bli eksportert i fremtiden, er det nødvendig å vise hele systemet for å kunne forklare hvorfor dette ikke er en feil som kan ha virket inn på vedtakets innhold.

Etter statens syn tilsier dette at anførselene om saksbehandlingsfeil ikke bør slippe inn til behandling i avdeling. I stedet bør prosessen for Høyesterett konsentrere seg om de prinsipielle spørsmålene som den materielle tolkingen av § 112 reiser.

4 ANNET

Staten mener det bør settes av 4 dager til ankeforhandling i saken. Dersom saksbehandlingen slipper inn til behandling bør det settes av 8 dager.

I anken bes det om at Eystein Jansen og Bjørn Samset oppnevnes som sakkyndige vitner for Høyesterett, og i den sammenheng anføres det at staten ikke har hatt noen innsigelser til det faktum de har beskrevet (s. 14) og at det slik sett fremstår som «omforent» (s. 3). Det siste er

REGJERINGSADVOKATEN

ikke helt presist. Det staten flere ganger presiserte for lagmannsretten, var at det aller meste av det Jansen og Samset forklarte seg om ikke var bestridt, men at staten for sin del viste til den forståelse av klimautfordringene som legges til grunn av regjering og forvaltning, og som løpende legges frem for Stortinget i proposisjoner og meldinger og drøftes der. Videre ble det vist til at store deler av forklaringene fra Jansen og Samset gjelder forhold som ikke har noen direkte betydning for den rettslige vurderingen av om vedtaket om 23. runde er gyldig. Av disse grunner kan staten ikke se at det er naturlig å oppnevne Jansen og Samset etter tvl. § 25-2.

5 PÅSTAND

Staten v/Olje og energidepartementet legger ned slik **påstand**:

Prinsipalt:

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Subsidiært, for det tilfelle at saksbehandlingen slipper inn til behandling:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Olje- og energidepartementet tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

Anketilsvaret er signert elektronisk ved opplasting i Aktørportalen.

Oslo, 31. mars 2020
REGJERINGSADVOKATEN

Fredrik Sejersted
Regjeringsadvokat