

Norges Høyesterett
Via Aktørportalen

Oslo, 17. april 2020

**PROSESSKRIV
TIL
HØYESTERETT**

Lagmannsrettens sak nr.: 18-060499ASD-BORG/03

Ankende parter: Foreningen Greenpeace Norden
BOX 15164, 04 65 Stockholm, Stockholms län

Natur og Ungdom
Torggata 34, 0183 OSLO

Partshjelpere: Besteforeldrenes klimaaksjon
c/o Lund & Co, Akersgt. 30, 0158 Oslo

Naturvernforbundet
Mariboegs gate 8, 0184 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Cathrine Hambro
Wahl-Larsen Advokatfirma AS
Fridtjof Nansens plass 5, 0160 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Emanuel Feinberg
Advokatfirmaet Glittertind AS
PB 1383 Vika, 0114 Oslo

Innankede: Staten ved Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep, 0033 Oslo

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/ Regjeringsadvokat Fredrik Sejersted
og rettslige medhjelpere advokater Anders Wilhelmsen og
Ane Egeland

1 INNLEDNING

Vi viser til statens anketilsvar av 30. mars 2020.

Staten slutter seg til at Høyesterett bør behandle Miljøorganisasjonenes materielle krav etter Grunnloven § 112. Statens anførsler om dette foranledninger kun enkelte avklaringer.

Staten er sterkt uenig i at anførselen om saksbehandlingsfeil ikke bør behandles av Høyesterett. I tillegg til enkelte avklaringer, er det her også nødvendig å imøtegå statens argumentasjon.

Staten opprettholder sin anførsel om at Grunnloven § 112 ikke gir grunnlag for domstolskontroll av forvaltningsvedtak. Dette medfører at Miljøorganisasjonene påberoper EMK artikkel 2 og artikkel 8 som et alternativt materielt rettslig grunnlag for å underkjenne tildelingsvedtaket.

2 MATERIELL ANFØRSEL, JF. GRUNNLOVEN § 112

Statens oppfatter at *«ankende parter ikke lenger anfører at § 112 første ledd inneholder en selvstendig materiell rettighet uavhengig av tredje ledd»*, jf. ankeltilsvaret pkt. 2.

Til dette kan det opplyses at ankende parter fortsatt anfører at § 112 første ledd inneholder en materiell rettsregel som har et selvstendig innhold uavhengig av tiltakplikten i tredje ledd.

Videre anføres at tiltakplikten i tredje ledd er en særskilt grunnlovfestet pliktbestemmelse som er uavhengig av, og kommer i tillegg til, rettighetsbestemmelsen i første ledd.

Det er redegjort utførlig for Miljøorganisasjonenes anførsler om tolkningen av Grunnloven § 112 første ledd og forholdet til tredje ledd i direkte anke til Høyesterett datert 5. februar 2018 (FU side 6794), og det vises til dokumentets pkt. 6 (FU 6803).

Miljøorganisasjonenes forstår drøftelsen i lagmannsrettens dom pkt. 2.2 dithen at også lagmannsretten mener at § 112 første ledd gir borgerne rettigheter som kan påberopes for domstolene, etter omstendighetene uavhengig av innholdet i § 112 tredje ledd og de eventuelle kompenserende tiltak som måtte være iverksatt.

Når det gjelder § 112 tredje ledd, anfører Miljøorganisasjonene at bestemmelsen både inneholder en plikt til å gjennomføre tiltak (en positiv plikt) og etter omstendighetene også en plikt til å avstå fra miljøskadelige handlinger (en negativ plikt). Plikten til å avstå følger som en logisk konsekvens av rettigheten etter § 112 første ledd og den positive plikten etter tredje ledd. Når staten plikter å sikre at naturens ressurser bevares mv. (første ledd), og har en plikt til aktivt å gjennomføre tiltak for å sikre dette (tredje ledd), kan ikke staten samtidig og uhindret av § 112, gjennomføre aktiviteter som aktivt hindrer eller vesentlig vanskeliggjør ivaretagelse av rettighetene etter første ledd. En avståelsesplikt følger dermed både av § 112 første ledd og av tredje ledd.

Miljøorganisasjonene anfører at § 112 inneholder et forbud mot tillatelser som fører til vesentlige utslipp så lenge det ikke er klart at statens tiltak for utslippsreduksjoner er formålstjenlige og med

stor sannsynlighet møter behovet for utslippsreduksjoner. Når klimakrisen er under kontroll, inneholder § 112 ikke noe forbud mot CO2-utslipp.

3 SAKSBEHANDLING

3.1 Overordnet

Åpning av nye områder for petroleumsutvinning er blant forvaltningens mest vidtgående beslutninger, og er blant de få forvaltningsbeslutninger som krever forutgående behandling i Stortinget. Åpningen av Barentshavet sørøst var første slik åpning på 20 år, og debatten går fortløpende om åpningen av flere nye områder.

Den viktigste garantien for at beslutninger med negativ miljøpåvirkning er riktige og lovlige, er kravene til forsvarlig saksbehandling. Også her har Grunnloven § 112 en viktig rolle. Grunnloven § 112 annet ledd stiller klare krav til saksbehandlingen. Det skjønnsrom Grunnloven § 112 gir utøvende myndighet kan kun forsvarers dersom myndighetene følger og respekterer strenge krav til saksbehandling – som sikrer at hensynet til miljøet ivaretas.

Dette er første sak for domstolene der Grunnloven § 112 annet ledd blir påberopt som grunnlag for å forsterke og supplere forvaltningsrettslige krav til saksbehandling. Det er også første sak for domstolene der vedtak om tildeling av petroleumstillatelser angripes. Det er følgelig god grunn til avklaring fra Høyesterett også i relasjon til saksbehandlingen – både for vedtak innenfor petroleumssektoren, og for betydningen av Grunnloven § 112 annet ledd generelt.

Statens anførsler under behandlingen for tingretten og lagmannsretten understreker behovet for avklaring. Eksempelvis har staten anført at Grunnloven § 112 annet ledd ikke gir prosessuelle rettigheter som kan påberopes for domstolene. I tillegg har staten fastholdt at departementet ikke er forpliktet til å gjøre miljøvurderinger ved *tildeling* av petroleumstillatelser etter petroleumslovens § 3-3, fordi petroleumsløvgivningen ikke krever dette uttrykkelig. Staten har også opprettholdt disse posisjonene for Høyesterett – selv om lagmannsretten ikke ga sin tilslutning til statens tolkning, jf. lagmannsrettens dom pkt. 5.1. Det er derfor viktig med rettsavklaring som rettesnor for videre forvaltningspraksis.

I det videre vil vi først presisere Miljøorganisasjonens anførsler i lys av kommentarene i anketilsvaret. Deretter vil vi særskilt underbygge 1) behovet for at Høyesterett behandler manglende utredning av forbrenningsutslipp og 2) tilsvarende om feil og mangelfull vurdering av samfunnsøkonomisk lønnsomhet. Avslutningsvis vil vi behandle statens påstand om at saksbehandlingsanførselen vil doble behovet for antall dager til Høyesteretts behandling.

3.2 Miljøorganisasjonens saksbehandlingsanførsler for Høyesterett

For å konsentrere behandlingen for Høyesterett har Miljøorganisasjonene valgt kun å påberope brudd på forvaltningsrettslige *utredningsplikter*. Det er derfor riktig, som staten legger til grunn, at Miljøorganisasjonene ikke vil påberope andre saksbehandlingsfeil.

Det er videre riktig at anførselen om brudd på utredningsplikter vil være *konsentrert* rundt feil i forbindelse ved åpningsprosessen (åpningen av Barentshavet sørøst), som direkte ledet til tildelingen

av tre av de ti utvinningstillatelsene i 23. konsesjonsrunde. Det er dermed også riktig at Miljøorganisasjonenes saksbehandlingsangrep kun retter seg mot de tre vedtakene som tildeler historiens første lisenser i Barentshavet sørøst.

Det er derimot ikke riktig at Miljøorganisasjonene har frafalt anførselen om at forvaltningen har brutt sine utredningsplikter på *tildelingstidspunktet* (vedtak etter petroleumsloven § 3-3). Miljøorganisasjonene har aldri hevdet at forvaltningen har plikt til full ny konsekvensutredning på tildelingstidspunktet. Miljøorganisasjonene gjør gjeldende at generelle forvaltningsrettslige utredningsplikter, jf. også Grunnloven § 112 annet ledd, pålegger staten å sikre forsvarlig utredning *også* på tildelingstidspunktet (tre år etter åpningen) – på de punkter der dette er nødvendig for å supplere eller korrigere utredninger som allerede finnes. Dette sluttet lagmannsretten seg til (se lagmannsrettens dom s. 35 der det uttrykkes at forvaltningslovens § 17 om utredningsplikt og Grunnlovens § 112 annet ledd supplerer petroleumslovens krav.)

Selv om petroleumsloven § 3-1 pålegger departementet å gjennomføre en konsekvensutredning før åpningsbeslutningen, gir ikke petroleumsloven § 3-1 hjemmel for selve åpningen. Åpningsbeslutningen treffes av Regjeringen, så vidt vi forstår uformelt, etter Stortingets behandling av konsekvensutredningen, og materialiserer seg ved tildelingsvedtak etter § 3-3. Det er den samlede saksbehandlingen departementet må sikre forsvarligheten av før utvinningstillatelser tildeles og åpningen dermed er et rettslig faktum. Før vedtak etter petroleumslovens § 3-3 fattes, har ingen fått rettigheter i området.

Sistnevnte illustreres godt av de økonomiske utredningene som ble gjort i denne saken: Den økonomiske rapporten som ble utarbeidet som del av konsekvensutredningen tok utgangspunkt i en fremtidig oljeprisforventing på 120 dollar/fat (oljeprisen var da noe over 100 dollar/fat). Dette var høyt, men forsvarlig på åpningstidspunktet. På tildelingstidspunktet var oljeprisen sunket til rett under 50 dollar/fat, og den langsiktige oljeprisforventningen var blitt redusert til 70 dollar/fat. Likevel gjorde departementet ingen vurdering av om dette store fallet i oljeprisforventning burde få betydning for om utvinningstillatelsene skulle tildeles i 2016 og Barentshavet sørøst dermed åpnes. Lagmannsretten er enig i at dette i utgangspunktet burde ha blitt vurdert, men mener det ikke kunne ha innvirkning fordi det var *kjent* at oljeprisen hadde falt (lagmannsrettens dom s. 38).

Behovet for vurderinger på tildelingstidspunktet for å supplere utredningene i åpningsprosessen, illustreres også ved at både FNs klimapanelers femte hovedrapport og Parisavtalen var kommet til etter åpningsprosessen, men før tildelingstidspunktet. I en nylig avsagt avgjørelse fra en engelsk ankeinstans ble det til sammenligning fastslått at beslutningen om å tillate åpning av en ny rullebane ved Heathrow flyplass var ulovlig fordi besluttende myndighet ikke hadde vurdert betydningen av Parisavtalen.

Bilag – Judgement by the Royal Court of Appeal (Civil division) datert 27. februar 2020

3.3 Manglende utredning av forbrenningsutslipp

Staten bekrefter at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil dersom forbrenningsutslipp skulle ha vært utredet, slik lagmannsretten har lagt til grunn. Med forutsetningen om at forbrenningsutslipp må

hensyntas, aksepteres dermed at departementet har utelatt 95 % av vedtakenes utslippspotensiale i den saksutredningen som ligger til grunn for tildeling av utvinningstillatelser.

Når staten likevel mener at Høyesterett ikke bør behandle denne saksbehandlingsfeilen, er det fordi staten mener at lagmannsretten allerede skal ha gjort en forsvarlig vurdering av om denne feilen kan ha innvirket.

I anken til Høyesterett påviste Miljøorganisasjonene hvorfor lagmannsrettens nettopp ikke har vurdert innvirkningsspørsmålet forsvarlig (anken pkt. 4.2). Med ett unntak kan vi ikke se at staten har adressert de klare svakhetene i lagmannsrettens innvirkningsvurdering.

I likhet med lagmannsretten viser staten til at det ikke er «gitt at denne utredningen bør skje i forbindelse med hver enkelt konsekvensutredning» (anketilsvaret s. 6). Dette skal angivelig underbygge at det ikke er behov for å overprøve vurderingen i relasjon til vedtaket som angripes. Tilnærmingen er ulogisk. Dersom departementet er forpliktet til å vurdere dette, men det ikke er vurdert på noe nivå før vedtaket ble fattet, har det ingen betydning for vedtakets gyldighet at dette *kanskje* best vurderes på et mer overordnet nivå. Det avgjørende for dette vedtakets gyldighet er at effekten ikke har blitt vurdert før vedtaket ble fattet – hverken i sammenheng med vedtaket eller i noen annen sammenheng.

3.4 Feil og mangelfull vurdering av samfunnsøkonomisk lønnsomhet

Det er riktig som staten skriver at det «*primært*» er virkningen av aktiviteten i letefasen som må utredes i medhold av § 3-1, men dette er først og fremst fordi det «*kan ... være praktisk vanskelig å ha særlig omfattende utredninger om utbyggings- og driftsfasen*» (vår understreking), jf. Ot.prp. nr. 43 (1995-96) i merknadene til § 3-1.

De praktiske utfordringene er naturligvis ingen begrunnelse for ikke å gjøre så forsvarlige vurderinger *som praktisk mulig* også om utbyggings- og driftsfasen, og i det minste unngå utredninger med spektakulære feil. I petroleumsloven § 3-1 står det uttrykkelig at økonomien skal vurderes. Dette er godt begrunnet: det er umulig å foreta en forsvarlig beslutning av om miljøverdier skal forsakes uten å måle det opp mot beslutningens nytteverdi.

Vurderingene som ble gjort inneholdt feil som overvurderte inntektspotensialet med flere hundre milliarder. Lagmannsretten og staten mener dette ikke har betydning. Konsekvensen av lagmannsrettens og statens syn er at petroleumslovens krav til økonomiske utredninger i realiteten er innholdsløst. Det er i så fall et svært prinsipielt standpunkt for norsk petroleumsforvaltning, og bør absolutt vurderes av Høyesterett.

3.5 Staten overvurderer behovet for ytterligere tid

Miljøorganisasjonene er enig i at saksbehandlingsanførselen vil kreve noe tid under hovedforhandlingen, men på langt nær så mye som staten hevder.

For både tingretten og lagmannsretten ble saken avviklet på syv dager. For Høyesterett vil det ikke gis partsforklaringer (det var fire for lagmannsretten) eller forklaringer fra samfunnsøkonomer. De

samfunnsøkonomiske bevisstemaene vil belyses tilstrekkelig med fremlagte rapporter, eventuelt supplert med en kort skriftlig forklaring. Advokatene fikk også ordet tre ganger hver. I tillegg er saksbehandlingsanførselen tilskåret og saken vil formodentlig også være noe mer konsenteret. Det er derfor ikke klart for Miljøorganisasjonene hvorfor det likevel skal være behov for mer tid for Høyesterett enn for lagmannsretten.

Saksbehandlingen knyttet til manglende utredning av utslipp ved forbrenning vil knapt kreve mye mer tid, ettersom tematikken uansett må behandles under den materielle anførselen.

For anførselen knyttet til den økonomiske utredningen vil det i prinsippet kun være nødvendig å gjennomgå én økonomisk rapport. Denne har staten ikke ført motbevis for å tilbakevise.

Det vil rett nok være nødvendig å synliggjøre den rettslige prosessen for utvinning av petroleum på norsk sokkel, men det må uansett belyses for den materielle anførselen. Dette er heller ikke noe partene har vært uenige om og vil ikke være veldig tidkrevende å gjennomgå.

Miljøorganisasjonene antar at det være tilstrekkelig å sette av seks dager for behandling av både materielle anførsler og saksbehandlingsanførselen.

4 EMK

EMK artiklene 2 og 8 gir uttrykk for en felleseuropeisk minstestandard som sikrer menneskene en miljøkvalitet som ikke vesentlig hemmer muligheten for liv og livsutfoldelse. Denne minstestandarden er relevant ved tolkningen av § 112.

Miljøorganisasjonene ser det likevel slik at Grunnloven § 112 inneholder sterkere miljøbeskyttelse enn EMK artikkel 2 og artikkel 8. Grunnloven § 112 gir ikke bare rett til et miljø som sikrer "helsen", men verner samtidig uttrykkelig miljøets egenverdi. Grunnloven § 112 uttrykker også eksplisitt at langsiktige og allsidige vurderinger må gjøres, og at miljøet skal bevares for etterslekten.

Ettersom staten fastholder at Grunnloven § 112 ikke gir grunnlag for domstolsprøving av forvaltningsvedtak (noe som må kreve en særskilt begrunnelse), vil Miljøorganisasjonene anføre at vedtaket alternativt er ugyldig fordi det er i strid med EMK artikkel 2 og artikkel 8.

Det er på det rene at EMD fortolker artikkel 2 om rett til liv og artikkel 8 om rett til privat- og familieliv slik at disse bestemmelsene verner om miljøet, fordi miljøkvaliteten kan være bestemmende for menneskers liv og livsutfoldelse.

EMK pålegger norske myndigheter en plikt (både ved handlinger og unnlater) til å sikre et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. EMK artikkel 2 og artikkel 8 inneholder dermed ikke bare et forbud mot inngrep som EMK artikkel 2 og artikkel 8 verner mot, men pålegger samtidig statene å sikre et generelt beskyttelsesnivå og begrense risiko for skader i tilstrekkelig grad, jf. blant annet sakene *Öneryildiz v. Turkey* avsnitt 69-71 og *Budayeva v. Russia* avsnitt 128-137.

Det er ingen tvil om at en tilstrekkelig global oppvarming har og vil ha en slik virkning på menneskers liv og helse at det berører rettighetene som vernes av artikkel 2 og artikkel 8. Selv om

det ikke er mulig å si hvem som rammes når, vil global oppvarming – gitt dagens utslippsnivå – føre til tap av menneskeliv og begrense rammene for livsutfoldelse.

At skadene kan inntreffe langt frem i tid er ikke avgjørende for om artikkel 2 og artikkel 8 krenkes, jf. blant annet *Taskin and others v. Turkey* avsnitt 104-114. Tilsvarende har det heller ikke avgjørende betydning for bestemmelsenes anvendelse at det ikke er mulig å fastslå hvem som vil bli rammet. Bestemmelsene verner også «society as a whole», jf. blant annet *Mastromatteo v. Italy* avsnitt 69 og *Gorovenky & Bugara v. Ukraine* avsnitt 32.

Den globale oppvarmingen, som et felles globalt problem som intet land kan løse alene, reiser spørsmål om nasjonalstatenes plikt til å ta sin del av ansvaret for den globale utfordringen i henhold til EMK artikkel 2 og artikkel 8 (en problemstilling som også reises under anvendelsen av Grunnloven § 112 i denne saken). EMD-praksis gir så langt ingen klar anvisning på hvordan den globale klimakrisen og dets felles globale utfordringer aktualiserer statenes forpliktelser etter EMK artikkel 2 og 8. Bestemmelsene i Grunnloven § 112 og EMK artikkel 2 og 8 pålegger like fullt domstolene et ansvar for å sikre at skadevirkningene begrenses.

Selv om EMD ikke har behandlet noen sak om klima, ble EMK artikkel 2 og artikkel 8 avgjørende i *Urgenda*-saken for Nederlands Høyesterett, der dom falt i desember 2019. Avgjørelsen bygger på et svært solid teoretisk forarbeid fra den nederlandske generaladvokaten, og i sum gir generaladvokatuttalelsen og avgjørelsen fra Nederlands høyesterett et godt grunnlag for å fastslå hvordan EMK artikkel 2 og artikkel 8 må tolkes i saker som gjelder klimaet.

Urgenda-saken gjaldt dessuten et sammenlignbart faktisk grunnlag. Allerede før vedtak om tildeling av utvinningstillatelser i 23. konsesjonsrunde ble fattet, var Norge i en situasjon hvor utslipp og utslippsreduksjoner var sammenlignbart med Nederlands, likevel slik at Norge lå enda dårligere an med sine utslippskutt. På samme måte som i Nederland, var dermed statens positive forpliktelser til å sikre at klimastatus opprettholdes på et nivå som sikrer at retten til liv og familieliv ikke krenkes, allerede utløst. Høyesterett må ta stilling til om staten i denne situasjonen hadde anledning til å fatte vedtak om tildeling av utvinningstillatelser uten derved å bryte sine forpliktelser etter EMK artikkel 2 og artikkel 8.

Miljøorganisasjonene anfører at den norske stat bryter sine plikter etter EMK artikkel 2 og artikkel 8 ved ikke å ta sin del av ansvaret for å begrense risikoen for global oppvarming i tilstrekkelig grad. Dette innebærer ikke at ethvert vedtak med en utslippseffekt er ugyldig. Det innebærer imidlertid at et vedtak som vil skape svært omfattende utslipp fra en enkelt aktivitet, og som vesentlig bidrar til å opprettholde et vedvarende norsk utslippsnivå på dagens nivå, er ugyldig. Dette underbygges ved at opprettholdelse av dagens utslippsnivå ikke er forenlig med de faktiske utslippsreduksjonsbehovene som ble synliggjort i FNs klimapanels fjerde hovedrapport, som alle land har akseptert, og som senere bidro til de rettslige forpliktelsene i Parisavtalen.

Ettersom EMK artikkel 2 og artikkel 8 har sine motstykker i Grunnloven §§ 93 og 102, påberopes disse på tilsvarende grunnlag, slik Miljøorganisasjonene også gjorde for lagmannsretten.

For lagmannsretten gjorde staten gjeldende at Miljøorganisasjonenes EMK-anførsel måtte prekluderes på prosessuelt grunnlag. Lagmannsretten tok ikke stilling til problemstillingen.

Miljøorganisasjonene kan ikke se hvorfor de skal være avskåret fra å påberope at vedtaket er ugyldig fordi vedtaket er i strid med borgernes rett etter EMK artikkel 2 og artikkel 8. I denne sammenheng har det betydning at EMD-praksis gir åpning for at saken kan bringes inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstol på vegne av en privatperson etter at Miljøorganisasjonene har uttømt de nasjonale rettsmidler i Norge, jf. blant annet saken Gorraiz Lizarraga and others v. Spain.

5 VITNENE JANSEN OG SAMSET

Ankende parter fastholder at Høyesterett bør oppnevne Jansen og Samset etter tvl. § 25-2.

Vitnene gir pedagogiske sakkyndige redegjørelser for de faktiske forhold det er nødvendig å ha kunnskap om for å behandle de prinsipielle rettsspørsmål denne saken reiser. Ankende parters forståelse er at vitnenes forklaringer har vært verdifulle for domstolene så langt. Både Jansen og Samset har, i forskjellige tidsperioder, vært Norges bidragsytere til FNs klimapanelers rapporter, jf. de fremlagte CV-ene. Denne sakens rettslige betydning, og sakens aktualitet i samfunnet, tilsier at Høyesterett hører vitnenes umiddelbare sakkyndige forklaring. Det er også en svært tidseffektiv måte å fremstille materialet på.

Staten viser i anketilsvaret til at staten ikke nødvendigvis er enige med forklaringene til de sakkyndige og at forholder seg til forståelsen av klimautfordringene som løpende legges frem for Stortinget i proposisjoner og meldinger. Det sentrale er imidlertid at staten ikke ved ett eneste spørsmål til de sakkyndige vitnene i tingretten eller lagmannsretten søkte å så tvil ved forklaringene fra disse. Dette illustrer at det ikke er noe uenighet om hva disse vitnene formidlet, selv om staten altså er uenig i hvilken relevans forklaringene har (hvis Grunnloven § 112 ikke gir materielle rettigheter har forklaringene ingen relevans).

* * *

Denne anken er lastet opp elektronisk i Aktørportalen.

Advokatfirmaet Glittertind AS

Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Emanuel Feinberg
Advokat

Cathrine Hambro
Advokat