

# JUS2211 sensorveiledning v18

## Sensorveiledning eksamen JUS2211 – våren 2018

### Generelt om eksamen og bedømmelsen

Eksamen varer i fire timer. Den skriftlige eksamen teller 60 % i den totale bedømmelsen. I tillegg har kandidatene levert inn en semesteroppgave som teller 40 % i den totale bedømmelsen.

Opggaven består av to deler. Del I er en praktikum basert på et fiktivt faktum, mens del II er en praktikum basert på et reelt faktum. Delene henger sammen i den forstand at de juridiske spørsmålene er knyttet til samme type virksomhet – mineralutvinning. Ut over dette har del I og II ingen sammenheng, og kan besvares helt uavhengig av hverandre.

Det er oppgitt i oppgaveteksten at Del I og II teller hhv. 50/50.

Det forventes at de fleste kandidater vil kunne gi nokså utfyllende svar på del I, mens del II er noe mer utfordrende. Det siste skyldes at kandidatene er nødt til å selv foreta en del avgrensninger med hensyn til hva som skal behandles. Dette vil dermed også bli en øvelse i å systematisere og avgrense et stort rettsspørsmål slik at det behandles og presenteres på en presis og forståelig måte.

## 2. Del I

### 2.1 Generelt

Del I består av 2 spørsmål. Begge spørsmålene skal være kjent stoff, og det forventes at de aller fleste evner å gi nokså utfyllende svar på disse.

Faktum er fiktivt, men bygger til dels på gruvesaken i Førdefjorden. Et av de mest kontroversielle punktene i denne saken er at departementet la stor vekt på de hensyn som også er anført i denne eksamensoppgaven. Dere kan lese mer om vedtaket her:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/utslippstillatelse-til-gruvevirksomhet-i-engebofjell/id2406887/>

Opggavens faktum er etter min mening oversiktlig, men det kan nok legges til grunn at de fleste er ukjent med mineralvirksomhet. Det kreves imidlertid ingen forkunnskaper om dette for å kunne besvare de spørsmål oppgaven reiser.

### 2.2 Spørsmål 1

Spørsmål 1 lyder som følger: *Har foreningen Lillevik miljølag klagerett?*

Dette er en klassiker innen alminnelig forvaltningsrett, men har vel så stor relevans innenfor faget miljørett. Spørsmålet om hvem som kan påklage forvaltningsvedtak er også et aktuelt tema, ettersom vi er vitne til en viss innstramning i praksis de senere år.

Den forvaltningsrettslige pensumlitteraturen må sies å være noe sparsom når det gjelder hvem som har klagerett, især foreningers klagerett I Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg. er temaet behandlet på s. 293-295, men fremstillingen er nokså sparsommelig når det gjelder foreningers klagerett. I Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg. er klagerett behandlet på s. 467-469, mens organisasjoners klagerett er behandlet på s. 469-470. Miljøorganisasjoners klagerett er dekket i pensum oppgitt for faget miljørett. I

Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utg. er temaet behandlet på s. 55-56 under beskrivelsen av det miljørettslige grunnproblemet om at naturen ikke selv kan opptre rettslig. Temaet er også underlagt grundig behandling på s. 185-188 hvor flere høyesterettsavgjørelser nevnes. I Backer; *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utg. er temaet nevnt på s. 143.

Alt i alt er rettslig klageinteresse godt dekket i både pensum og undervisning. Kandidatene skal derfor ha gode forutsetninger for å kunne besvare dette spørsmålet.

Spørsmål 1 gjelder klage på et vedtak truffet i medhold av forurensningsloven. Loven inneholder ikke særskilte bestemmelser om hvem som kan påklage vedtak, slik at forvaltningslovens generelle bestemmelser kommer til anvendelse. Denne «koblingen» fremgår eksplisitt av forurensningsloven § 85 første ledd som lyder: «Forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i loven her.» Bestemmelsen er imidlertid overflødig ettersom forvaltningsloven § 1 stadfester at loven gjelder som en rammelov for all forvaltningsvirksomhet. De kandidater som behandler denne veien frem til klagebestemmelsene i forvaltningsloven bør honoreres. Det kan imidlertid ikke medføre trekk dersom kandidatene går direkte til fvl. § 28.

Fvl. § 28 første ledd lyder som kjent:

*Enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen).*

Det bør kort slås fast at vi står overfor et enkeltvedtak – det bør medføre trekk om dette drøftes utførlig. Enkelte vil kanskje også slå fast at Lillevik miljølag ikke er part – heller ikke dette bør drøftes i særlig grad. Det avgjørende spørsmålet er om Lillevik miljølag kan anses for å ha «rettslig klageinteresse».

Det kan kort slås fast at fvl. § 28 gir få holdepunkter for drøftelsen. Forarbeidene til forvaltningsloven viser til at det avgjørende er om klager har konkret, praktisk og aktuell interesse i en ny behandling av vedtaket. Dette antas å tilsvare den rettslige søksmålsinteresse etter tvisteloven § 1-3 (tidligere tvistemålsloven § 54), jf. Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 98:

*Det er meningen at kravet om 'rettslig klageinteresse' skal motsvare kravet til 'rettslig interesse' i tvistemålslovens § 54. Uttrykket er skjønnsbestemt, men har den fordel framfor de uttrykk som er nyttet i komitéforslag, at en kan ta sitt utgangspunkt i prosesspraksis og prosesslitteraturen og nytte disse som hjelpemidler ved den avgrensing av omgrepet som må overlates til praksis.*

Forvaltningslovens forarbeider gir også uttrykk for at det koker ned til en helhetsvurdering (s. 276):

*At den som vil klage har en subjektiv rett som er krenket, kan ikke kreves; også andre interesser kan gi rett til klage når interessen er av en viss styrke og individualitet. Saken må imidlertid vedkomme klageren, hans klage må ikke ha karakteren av en uvedkommendes innblanding. Man kan vel sammenfatte det slik at den som skal kunne klage over et vedtak enten må være part i saken eller vedtaket må berøre hans rettsstilling på en slik måte at det er rimelig og naturlig at han får adgang til å klage over vedtaket.*

Når det gjelder foreningers klagerett er det uttalt følgende i forarbeidene (s. 277):

*I mange tilfelle varetar en forening eller en organisasjon sine medlemmers interesse på en slik måte at et vedtak må sies å vedkomme foreningen, og det vil være naturlig at foreningen har*

*klagerett. I andre tilfelle er dette hverken rimelig eller naturlig. Det må bero på om vedtaket i det individuelle tilfelle kan sies å vedkomme foreningen eller den organisasjon det er tale om.*

Kandidatene har ikke tilgang til forarbeider på eksamen, men det kan forventes at de kjenner til deler av uttalelsene i forarbeidene. De som viser til forarbeidene bør få en viss uttelling, mens de som anvender forarbeidene som kilder i den rettslige argumentasjonen bør gis stor uttelling.

De fleste kandidatene vil nok vise til at tvistelovens bestemmelser om søksmålsadgang kan anvendes analogisk. Det er tvl. §§ 1-3, 1-4 og 2-1 om søksmålsadgang og partstilknytning som er relevant.

Tvl. § 1-3 (2) oppstiller utgangspunktet for drøftelsen:

*Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.*

Kandidatene bør ta utgangspunkt i denne bestemmelsen og vise til og drøfte om kriteriene «aktualitet» og «tilknytning» er oppfylt i den foreliggende sak. Aktualitetskriteriet kan kort bekreftes, mens det er mer tvilsomt om Lillevik miljølag har tilstrekkelig tilknytning til saken.

Kandidatene må også drøfte § 1-4 (1) som gjelder søksmålsadgang for organisasjoner mv. Merk at kriteriene i § 1-3 (2) også må være oppfylt dersom interesseorganisasjoner skal reise søksmål. Om kandidatene drøfter § 1-3 før eller etter drøftelsen av § 1-4 er uten betydning. Tvl. § 1-4 lyder om følger:

*Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i [§ 1-3](#) er oppfylt.*

Her må kandidatene drøfte kriteriene: «innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta». På den ene side er det nokså klart at kriteriene er oppfylt. Her bør kandidatene vise til foreningens vedtekter som oppstiller følgende formål: «Lillevik miljølag skal arbeide for ivaretagelse av miljøinteresser i Lillevik kommune og omegn.» Det er ikke dermed sagt at foreningen har sterkt nok tilknytning til saken, jf. tvl. § 1-3. Ad hoc-organisasjoner som er etablert for det formål å fremme et søksmål, har normalt ikke rettslig klageinteresse. Det spesielle i denne saken er at Marte Kirkerud har gjennomført en del formaliteter nettopp med det formål å sikre at foreningen gis klagerett i denne saken. Som det fremgår av faktum ble foreningen registrert i Brønnøysund-registeret, det ble utarbeidet vedtekter, valgt et styre, samt innført kontingent. Det avgjørende spørsmålet er om dette er tilstrekkelig for at foreningen kvalifiserer til kravet om rettslig klageinteresse.

En kjennelse de aller fleste bør kjenne til er Rt. 2003 s. 833 (Stopp Regionfelt Østlandet). Den er ikke nevnt i verken Eckhoff/Smith, Graver eller Backer, men er gitt omtale i et petitavnsitt i Bugge på s. 187.

Kjennelsen er inntatt i domsamlingen. Saken gjaldt spørsmålet om en aksjonsgruppe kan ha søksmålsadgang. I avsnitt 30 vises det til at det beror på en helhetsvurdering:

*Spørsmålet om organisasjonen har rettslig interesse i å fremme begjæringen om midlertidig forføyning, vil bero på en nærmere vurdering av om den har rimelig grunn til å kreve at spørsmålet blir prøvd av domstolene.*

Kravet om «rimelig grunn» forutsetter at saken berører interesser som foreningen tar sikte på å ivareta. Det sies videre:

*Men forutsetningen er at organisasjonen ut fra formål, virksomhet og representativitet har tilstrekkelig tilknytning til søksmålet.*

I denne saken ble aksjonsgruppen gitt søksmålsrett. Det ble lagt avgjørende vekt på at gruppen hadde eksistert i ni år. Den hadde egne vedtekter, et styre på fem medlemmer, med en styreleder som velges for to år av gangen. Videre hadde den noe over 1000 medlemmer på landsbasis, aktive lokallag i Osen, på Rena, i Elverum og i Oslo, og det ble avholdt årlige medlemsmøter. Virksomheten ble finansiert ved kontingenter mv., og det ble ført regnskap.

Kravet om rettslig interesse i tvl. §§ 1-3 og 1-4 har nær sammenheng med kravet om partsevne. Dette gjelder særlig spørsmålet om en forening eller sammenslutning kan reise søksmål.

Det følger av § 2-1 at:

*Andre sammenslutninger enn etter første ledd har partsevne så langt dette følger av en samlet vurdering hvor det særlig legges vekt på*

- om sammenslutningen har en fast organisasjonsform
- om det er et styre eller annet organ som representerer sammenslutningen utad,
- om sammenslutningen har en formalisert medlemskapsordning,
- om sammenslutningen har egne midler, og
- sammenslutningens formål og hva søksmålet gjelder.

Selv om partsevne og rettslig interesse er to adskilte vurderinger, vil momentene stort sett være sammenfallende. I forarbeidene til tvisteloven (Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 369) er det uttalt: «spørsmål om partsevne - som utgangspunkt - skal vurderes isolert som en egen prosessforutsetning. En diskusjon om partsevne skal først og fremst rette seg mot forhold ved foreningen selv og hvilke minstekrav som må stilles for at sammenslutningen overhodet kan sies å ha partsevne i sivilprosessen.»

En kjennelse hvor disse momentene drøftes utførlig er Rt. 2010 s. 257. Her ble foreningen Bynære Landbruksorganisasjoner ikke ansett for å ha tilstrekkelig fast struktur til å ha partsevne. Denne kjennelsen er imidlertid ikke inntatt i domsamlingen, og det kan ikke forventes at kandidatene kjenner til denne.

Tvistelov og prosess-spørsmål blir først introdusert på studiets fjerde år, og det kan ikke forventes at våre kandidater kjenner til forskjellen mellom partsevne og rettslig interesse. Det bør derfor ikke føre til trekk dersom kandidatene anvender momentene i § 2-1 i vårt faktum uten å ta stilling til om det gjelder partsevne eller rettslig klageinteresse.

Hva kandidatene faller ned på er uten betydning for bedømmelsen. Etter å ha sett nærmere på et utvalg besvarelser er inntrykket at de fleste faller ned på at kravet om rettslig interesse er oppfylt. Jeg vil nok være mest enig i en slik konklusjon ettersom det skal være en lavere terskel for å kunne påklage et forvaltningsvedtak sammenlignet med å reise søksmål. Det avgjørende er om kandidatene evner å anvende analogisk de momentene som tvisteloven oppstiller på de spesielle omstendigheter i dette faktum.

Som et minimum må det forventes at kandidatene drøfter «rettslig klageinteresse» i tvl. § 28 og trekker inn momenter fra tvisteloven og relevant rettspraksis. For å få A eller B bør kandidatene drøfte § 28 i lys av de momenter som kan utledes analogisk fra tvisteloven og rettspraksis, og med dette drøfte særskilt om de formkrav Kirkerud har gjennomført er tilstrekkelig for å kvalifisere til rettslig klageinteresse. Men som alltid beror bedømmelsen på en helhetsvurdering hvor juridisk metode og selvstendighet i refleksjonene er det som vektes i størst grad.

## 2.3 Spørsmål 2

Spørsmål 2 lyder som følger: *Kan Miljødirektoratet legge avgjørende vekt på de anførte hensyn ved vurderingen av en utslippstillatelse etter forurensningsloven § 11?*

Også dette skal være kjent stoff for kandidatene. Utfordringen er at det er et spørsmål som kan angripes fra flere vinkler, og prøvelsen blir dermed om kandidatene evner å foreta en presis drøftelse ut fra de rettskilder som gjør seg gjeldende på området.

Eckhoff/Smith behandler «utenforliggende hensyn» på s. 385-398, mens Graver behandler dette på s. 122-125. Bugge behandler forurensningsloven § 11 på s. 299 til 304, med en grundig omtale av hvilke hensyn det er tillatt å legge vekt på ved behandling av utslippstillatelser (s. 303-304). Backer behandler § 11 på s. 325-326. Det kan derfor forventes at kandidatene har god forståelse av de rettsspørsmål oppgaven reiser.

Spørsmålet kan deles i to: Om de anførte hensyn er saklige hensyn ved tillatelser etter forurensningsloven? Hvis ja, kan myndighetene legge avgjørende vekt på disse hensyn? Det er kun den siste formuleringen som inngår i selve spørsmålet, men gode kandidat evner å se forskjellen og behandle dette hver for seg.

Først noen kommentarer til om befolkningsvekst, sysselsetning og kommunale skatteinntekter er utenforliggende hensyn. Kandidatene bør her ta utgangspunkt i forurensningsloven. Enkelte vil nok også forankre dette i læren om myndighetsmisbruk, noe som må godtas. Oppgaven nevner § 11 eksplisitt og det vil være en grov feil om ikke denne bestemmelsen drøftes. Kandidatene må selv finne frem til § 11 femte ledd som angir vurderingstemaet for behandlingen av en utslippstillatelse. Bestemmelsen lyder som følger:

*Når forurensningsmyndigheten avgjør om tillatelse skal gis og fastsetter vilkårene etter [§ 16](#), skal det legges vekt på de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre.*

Ordlyden legger opp til en skjønnsmessig interesseavveining av alle fordeler og ulemper ved det omsøkte tiltaket. Ordlyden setter ingen klar grense for hvilke hensyn som kan tillegges i vurderingen av en utslippssøknad. Formuleringen «sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre» taler i retningen av at de anførte hensynene må anses som saklige og relevante.

Den gode kandidat trekker også inn lovens formål i § 1 og retningslinjene i § 2. Her vil de se at lovens hovedhensyn er knyttet til å begrense forurensning, men at også andre hensyn og interesser skal tas i betraktning i rettsanvendelsen. Av særlig relevans i vår sammenheng er § 2 nr. 1 andre punktum som lyder:

*Loven skal nyttes for å oppnå en miljøkvalitet som er tilfredsstillende ut fra en samlet vurdering av helse, velferd, naturmiljøet, kostnader forbundet med tiltakene og økonomiske forhold.*

Formuleringen kan tas til inntekt for at forurensningsmyndighetens kompetanse rekker nokså langt når det gjelder adgangen til å legge vekt på andre samfunnsinteresser, herunder økonomiske og velferdsmessige forhold. Bugge trekker i samme retning, men viser til at det naturlig nok går en grense for hvor fjerntliggende hensyn kan være.

Det er lite som tyder på at de anførte hensyn er utenforliggende. Det må imidlertid godtas dersom kandidatene kommer til denne konklusjonen. Det avgjørende er selvsagt hvordan de kommer frem til svaret.

Kommer kandidatene til at de anførte hensyn anses som saklige bør det tas stilling til om disse også kan tillegges avgjørende vekt, jf. spørsmålsformuleringen. Dette spørsmålet kan teoretiseres under læren om et forvaltningsrettslig spesialitetsprinsipp om at forvaltningen ikke har kompetanse til å legge avgjørende vekt på hensyn som hører inn under andre forvaltningsorganers lov- og saksområde. Selv om en slik lære nok hadde fottfeste tidligere, er den blitt avvist i både teori og rettspraksis. I takt med både rettens og samfunnets økende kompleksitet har det imidlertid blitt reist spørsmål om spesialitetsprinsippet bør gjenopplives på visse rettsområder. Kandidater som kjenner til spesialitetsprinsippet og evner å sette dette i sammenheng med oppgaven bør honoreres, men en omstendelig, teoretisk diskusjon bør snarere føre til trekk.

Rt. 1993 s. 528 Lunner Pukkverk (i domsamlingen) er tatt til inntekt for at det ikke gjelder noe strengt spesialitetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. Jeg regner med at de fleste vil vise til og anvende Lunner Pukkverk i besvarelsen. Den gode kandidat vil stille spørsmål ved dommens overføringsverdi til vår oppgave. I Lunner Pukkverk godtok Høyesterett at trafikkmessige forhold og støy på veien til og fra det omsøkte tiltaket ble tillagt avgjørende vekt. Dette selv om slike hensyn hører inn under andre lover og forvaltningsområder. Vår sak er en slags speilvendning av denne dommen ettersom det er tale om en *tillatelse* hvor økonomiske hensyn utgjør hovedbegrunnelsen. Man kan derfor stille spørsmålet om miljøhensyn kommer i en særstilling, eller om det også skal godtas at forvaltningen legger avgjørende vekt på andre typer samfunnshensyn. I Rt. 1996 s. 78 Bjørlo (ikke i domsamlingen) godtok Høyesteretts flertall at det ble lagt vekt på næringspolitiske hensyn ved tildeling av en skjenkebevilling. Graver har tatt dette til inntekt for at også andre hensyn enn miljø må kunne tillegges vekt på tvers av forvaltningsorganers virksomhet. Backer (s. 326) åpner for at sysselsettingshensyn kan tillegges avgjørende vekt i en utslippstillatelse, men med et forbehold:

*Retningslinjene utelukker ikke at sysselsettingshensyn i en gitt sak kan veie tyngre, selv om det vil være uforenlig med § 2 nr. 1 om dette blir et generelt mønster.*

Hva kandidaten faller ned på er av underordnet betydning. Jeg vil nok helle i retning av at forvaltningen har adgang til å legge avgjørende vekt på de anførte hensyn. Dette så frem det er foretatt en forsvarlig utredning og vurdering av miljøkonsekvensene av deponiet. Det er ingen holdepunkter i faktum som tilsier noe annet.

De kandidater som kommer til at forvaltningen har lagt vekt på utenforliggende hensyn vil kanskje også ta stilling til gyldigheten av vedtaket. Oppgaven spør imidlertid ikke om dette, og en grundig behandling av dette bør medføre noe trekk.

Jeg antar at det vil være en del variasjon med hensyn til hvordan denne oppgaven blir løst. For å kvalifisere til A eller B må kandidatene tolke forurensningsloven § 11 i lys av formålsbestemmelsen, og evt. også retningslinjene i § 2. I tillegg bør kandidaten trekke inn relevant rettspraksis og drøfte overføringsverdien til vår sak. En besvarelse som ikke er innom § 11 vil stå i fare for å stryke.

### 3. Del II

Oppgaveteksten tar utgangspunkt i tillatelsen som er gitt til å bruke Førdefjorden, Repparfjorden og Ranfjorden som deponi for gruveavfall. Norske miljøorganisasjoner har sendt brev til EFTAs overvåkingsorgan, ESA, hvor det gjøres gjeldende at mineralavfallsdirektivet, som er tatt inn i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett gjennom forurensningsforskriften kapittel 30, er til hinder for at disse fjordene brukes til dette. Oppgaven bygger således på en faktisk, og verserende, sak. Saken kan søkes opp i ESAs database over offentlig tilgjengelige dokumenter, og er foreløpig i en temmelig forberedende fase. Det er ingen grunn til å forvente eller forlange at kandidatene har satt seg inn i saken, men det kan ikke utelukkes at noen kjenner til den. Noen særlig glede av slik kjennskap vil de likevel neppe ha ved besvarelsen av oppgaven.

Kandidatene er bedt forestille seg at ESA reiser traktatbruddsøksmål mot Norge, og får medhold i at direktivet ikke tillater at Førdefjorden, Repparfjorden og Ranfjorden blir brukt som deponi for gruveavfall. Kandidatene er så bedt om å redegjøre for hvilke virkninger EFTA-domstolens dom vil ha for de tillatelsene som er gitt, og skal behandle både de EØS-rettslige og de forvaltningsrettslige spørsmålene som gjør seg gjeldende.

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) har i artiklene 31 til 33 bestemmelser om saker mot en EFTA-stat, og art. 33 bestemmer at «Vedkommende EFTA-stater skal treffe de tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser». Disse bestemmelsene gjelder ikke, i motsetning til EØS-avtalens hoveddel, som norsk lov, jf for så vidt EØS-I. § 1. Dommen har i seg selv ingen rettskraftsvirkninger i nasjonal rett, men etablerer en folkerettslig plikt, basert på ODA art. 33, til å gjøre det som er nødvendig. Dersom dette drar ut, kan det gi grunnlag for et nytt søksmål ved EFTA-domstolen.

Enkelte kandidater vil kanskje overse at EFTA-domstolens avgjørelse er dom i en traktatbruddsak, og drøfte betydningen rådgivende uttalelser, jf. ODA art. 34, har for rettsanvendelsen ved norske domstoler. Det var enighet på sensormøtet om at man, ikke skulle trekke noe videre for dette. Drøfter man betydningen av avgjørelsen under synsvinkelen rådgivende uttalelse, kommer spørsmålet om EFTA-domstolens rettsoppfatning skal legges til grunn likevel i en litt annen stilling nettopp fordi avgjørelsen er rådgivende.

I Rt. 2007 s. 1003 (Norsk Tipping) uttaler 1.voterende at det «er innlysende at EFTA-domstolens generelle forståelse av EØS-retten må ha stor gjennomslagskraft i norske domstoler. Det samme gjelder EFTA-domstolens konkrete rettsanvendelse i et traktatbruddsøksmål» (avsnitt 81). Den avgjørelsen det vises til, frifant Norge for traktatbrudd, men det er liten grunn til å anta at ikke det samme må gjelde der Norge felles. Der det dreier seg om en fellende dom, kan det hevdes at lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 tilsier at dommen legges noe nær prøvet til grunn av norske myndigheter, herunder domstolene og forvaltningen. EØS-avtalen art. 3 gjelder som norsk lov.

EFTA-domstolens avgjørelse vil, selv om betydningen av den drøftes under synsvinkelen rådgivende uttalelse, være sentral ved tolkningen av EØS-retten. Dette gjelder også der tolkningen skjer innenfor rammene av norsk rett. Allerede i Rt 2000 s. 1811, Finanger I (plenum) ble det uttalt at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges vesentlig vekt, og i HR-2016-2554-P, avsnitt 77 heter det at EFTA-domstolens «forståelse av EØS-retten ... ikke [kan] fravikes uten at det foreligger særlige og tungtveiende

grunner for det». Dette innebærer at forskjellen mellom fellende dom i en traktatbruddsak og en rådgivende uttalelse som innebærer at vedtak fattet av norske myndigheter ikke er i samsvar med de krav ES-retten setter, reelt sett ikke er så stor.

Oppgaveteksten er taus med hensyn til hvorfor tillatelsene til å bruke Førdefjorden, Repparfjorden og Ranfjorden som deponi for gruveavfall er i strid med mineralavfallsdirektivet. Én mulighet, og det er denne de fleste kandidatene har sett, kan være at direktivet er til hinder for at fjorder brukes på den måten tillatelsene åpner for. En annen mulighet er at saksbehandlingsregler direktivet gir anvisning på ikke er fulgt.

Dersom bakgrunnen for at Norge ble dømt i EFTA-domstolen er at mineralavfallsdirektivet ikke tillater at fjorder som Førdefjorden, Repparfjorden og Ranfjorden blir brukt som deponi for gruveavfall på den måten tillatelsene åpner for, vil situasjonen dersom forurensningsforskriften gir grunnlag for den samme regelen som mineralavfallsdirektivet krever være at det er gitt tillatelser med et innhold en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen ikke tillater. Det foreligger med andre ord en innholdsmangel, og slike mangler leder som hovedregel til ugyldighet, jf. for så vidt HR-2016-2017-A. Det er diskutert unntak fra denne hovedregelen, jf. Eckhoff/Smith s. 463, ikke minst der ugyldighet er til ugunst for parten, og parten har innrettet seg. Under de forutsetninger som spørsmålet behandles her - det er ikke adgang til å gi tillatelser med det innhold deponitillatelsene har - må nok tillatelsene anses ugyldige. Under enhver omstendighet vil det forhold at vedtakene må anses ugyldige aktualisere spørsmålet om det foreligger omgjøringsadgang eller til og med omgjøringsplikt. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor. Noen kandidater vil kanskje drøfte spørsmålet om EØS-loven § 2 kommer til anvendelse, og gjøre et poeng av at de aktuelle bestemmelsene i forurensningsforskriften er nyere enn forurensningsloven. Disse kandidatene overser i så fall at det ikke foreligger noen konflikt mellom reglene i forurensningsloven og forskriften.

Dersom forurensningsforskriften ikke gir grunnlag for den regelen mineralavfallsdirektivet krever, blir spørsmålet hvilken betydning det har for vedtaket at det ikke lar seg forene med Norges folkerettslige forpliktelser. Sentral her er Rt. 1982 s. 241, Altadommen, der 1. voterende med tilslutning fra et samlet Høyesterett uttalte at «reglene om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene prøver fullt ut om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler» (på s. 257-258). Noen kandidater vil muligens nevne Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel). Etter mitt syn vil det også i denne situasjonen foreligge en innholdsmangel. Problemstillingen er nærmere behandlet i Arnesen og Stenvik, Internasjonalisering og juridisk metode 2. utg. (Oslo 2015) avsnitt 6.3. Boken er oppført som tilleggslitteratur.

Dersom bakgrunnen for at Norge blir dømt er at de saksbehandlingsreglene direktivet oppstiller ikke er fulgt, og forurensningsforskriften gir grunnlag for de samme saksbehandlingsreglene, er situasjonen at det knytter seg saksbehandlingsfeil til vedtakene. Dersom forskriften ikke kan leses slik at den gir grunnlag for de saksbehandlingskrav som følger av mineralavfallsdirektivet, blir spørsmålet om direktivets krav likevel kommer til anvendelse. Også dette er et spørsmål om virkningene i norsk rett av Norges folkerettslige forpliktelser, og jeg viser til det jeg har sagt om dette over.

Det er alminnelig antatt at brudd på generelle instruksjoner om saksbehandlingen som supplerer eller utfyller forvaltningslovens regler bør tillegges samme betydning som brudd på andre saksbehandlingsregler, se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett 10. utg., s. 155. Det bør derfor ikke være noe i veien for å supplere lovfestede saksbehandlingsregler med krav som følger av EØS-rettslige forpliktelser, og vurdere EØS-



stridig saksbehandling på linje med andre brudd på saksbehandlingsreglene, se Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 4. utg., s. 281 flg.

Situasjonen er etter dette at når Norge er dømt for traktatbrudd for saksbehandlingen i forbindelse med tillatelsene til å bruke Førdefjorden, Repparfjorden og Ranfjorden som deponi for gruveavfall, foreligger det en saksbehandlingsfeil også bedømt etter norsk rett. Oppgaveteksten gir ikke oppfordring til å drøfte den konkrete betydningen av saksbehandlingsfeilene, men kandidatene bør påpeke at det må drøftes om vedtaket til tross for feilen likevel er gyldig etter regelen i forvaltningsloven § 41.

Dersom vedtaket ikke er gyldig etter regelen i fvl. § 41, blir spørsmålet om feilen har virket inn på vedtakene. Det gir ikke oppgaveteksten foranledning til å drøfte, men dersom har virket inn, blir spørsmålet hvilken betydning feilen skal ha.

Et første spørsmål er om tillatelsene blir ugyldige. Oppgaven gir ikke så mye å spille på her, men tillatelsene ble gitt i 2015 og 2016, og dommen i EFTA-domstolen faller forutsetningsvis sent i 2017 eller i 2018. Ugyldighet vil være til ugunst for partene, det har gått en del tid siden tillatelsene ble gitt og kan hende har partene foretatt investeringer basert på tillatelsene. Det kan tilsi at feilen ikke bør lede til ugyldighet. På den annen side kan nok både den omstendighet at det her er tale om saksbehandlingsregler som skal ivareta miljøet og unngå irreversibel miljøskade tilsi ugyldighet.

Det dreier seg om tillatelser, det vil si begunstigende vedtak. Der det knytter seg en saksbehandlingsfeil til slike vedtak er hovedregelen at vedtaket ikke anses som en nullitet, men er angripelig. Her er det slik at adressatene for tillatelsesvedtaket ikke har noen interesse i å angripe det, og oppgaven er taus med hensyn til om andre tilfredsstillende kravene til rettslig klageinteresse. Dette siste er likevel uten betydning siden den absolutte fristen i fvl. § 31 er utløpt.

Et første spørsmål er dermed om vedtakene kan omgjøres uten klage. På grunn av tiden som er gått, kommer ikke de spesielle omgjøringsgrunnlagene i fvl. § 35 til anvendelse, men dette er ikke til hinder for at det kan foreligge omgjøringsadgang etter alminnelige forvaltningsrettslige regler, jf. for så vidt fvl. § 35 siste ledd. De sentrale momentene i denne vurderingen vil være at ugyldighetsgrunnen er at tillatelsene er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser, og hvilken grad av innretning som foreligger fra rettighetshavernes side. Etter mitt syn er det mer usikkert om karakteren av de interessene de aktuelle saksbehandlingsreglene skal beskytte har noen plass i denne vurderingen, men helt uten betydning bør det neppe være om de interessene som søkes ivaretatt ikke kan ivaretas på annen måte enn gjennom omgjøring. Dette gir oppgaveteksten liten oppfordring til å drøfte.

Det neste spørsmålet er om en (eventuell) omgjøringsadgang skal benyttes. Spørsmålet her er om den omstendighet at Norge er dømt for traktatbrudd og etter ODA art. 33 har plikt til å gjøre det som er nødvendig for å etterkomme den fellende dommen i EFTA-domstolen, en domstol EØS-avtalen art. 108 pålegger EFTA-statene å opprette, samt at Norge etter EØS-avtalen art. 3 «skal treffe alle ... tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser» som følger av EØS-avtalen, medfører at omgjøringsadgang er synonymt med omgjøringsplikt.

Selv om kandidaten finner at det ikke foreligger omgjøringsplikt, gjenstår spørsmålet om omgjøringsadgangen bør benyttes. Momentene i denne vurderingen vil være hensynet til lojalitet mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og ODA, veid mot hensynet til dem som har fått tillatelsene og de omkostninger fornyet behandling av søknadene vil innebære for dem.

Der omgjøringsadgangen skyldes at det foreligger en innholdsmangel - mineralavfallsdirektivet tillater ikke tillatelser som dem som er gitt - trekker dette ytterligere i retning av det ikke bare foreligger omgjøringsadgang, men også omgjøringsplikt.

Oppgaven spør etter virkningene for vedtaket. Enkelte kandidater vil kanskje også reise spørsmålet om norske myndigheter kan holdes erstatningsansvarlige for det tap rettighetshaverne lider ved ta vedtakene er ugyldige eller omgjøres. Etter mitt syn er dette et stykke utenfor det som er kjernen i det oppgaven spør etter, og jeg behandler derfor ikke de problemstillingene dette reiser. De som reiser erstatningsspørsmålet, bør ta utgangspunkt i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/97 Sveinbjørnsdottir. Her ble det etablert at brudd på på EØS-avtalen kan utløse erstatningsansvar for staten. Høyesterett ga sin tilslutning til dette i Rt. 2005 s. 1365 Finanger II, hvor Høyesterett fant at EØS-avtalen slik den er gjennomført i norsk rett gir grunnlag for det ansvaret EFTA-domstolen etablerte i Sveinbjørnsdottir.

Denne veiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser. Det er å håpe at kandidatene gjør som de er bedt, og drøfter hvilken betydning den fellende dommen i EFTA-domstolen vil ha for de tillatelser som er gitt. Kandidater som sklir ut i mer generelle betraktninger om betydningen av EFTA-domstolens avgjørelser svarer ikke på oppgaven.

Etter mitt syn er oppgaven temmelig krevende. Kandidatene må klare å koble EØS-rett med alminnelig forvaltningsrett, og oppgaveteksten gir dem ikke mye hjelp. Heller ikke hovedlitteraturen i emnene forvaltningsrett og EØS-rett gir mange oppfordringer til å koble de to emnene slik oppgaveteksten ber om. I undervisningen, både på forelesninger og kurs, er forbindelseslinjene mellom EØS-rett og forvaltningsrett forsøkt løftet frem. Dette rokker likevel ikke ved at oppgaven stiller store krav til kandidatenes juridiske fantasi og problemidentifiseringsevne, og de har ikke mye tid til disposisjon.

Åsgårdstrand 1. juni 2018

Finn Arnesen