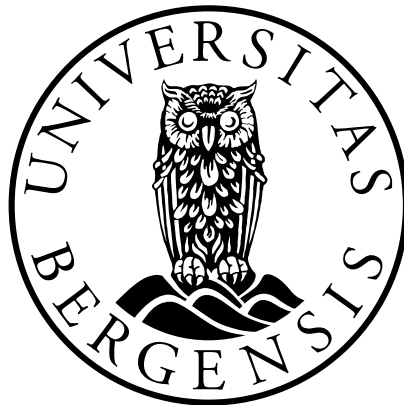


Vilkår for inngrep i vannforekomsters miljøtilstand

Dekker «samfunnsnyttan» i vannforskriften § 12 «overriding public interest» i vanddirektivet artikkel 4, og har en eventuell ulikhet rettslige konsekvenser for praktiseringen av regelverket i norsk rett?

Kandidatnummer: 183

Antall ord: 14 915



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning	3
1.1 Problemstilling og aktualitet	3
1.2 Metode og rettskilder	5
1.3 Avgrensninger og avhandlingens oppbygning	8
2. Regelverkets funksjon og oppbygning	10
2.1 Generelt om vannforvaltning	10
2.2 Særlig om regelverkets unntaksvilkår for ny aktivitet	12
3. Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b og det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest»	14
3.1 Oversikt over vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b og et sideblikk til direktivbestemmelsen	14
3.2 Det EØS-rettslige innholdet i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c generelt og «overriding public interest» spesielt	16
3.2.1 To alternative unntaksvilkår	16
3.2.2 «[O]verriding public interest» i en historisk kontekst og innledende premisser	17
3.2.3 Hva slags vurdering gir «overriding public interest» anvisning på?	18
3.3 Hva slags type samfunnsinteresse et tiltak er begrunnet i kan utgjøre en «overriding public interest»?	22
3.3.1 Rettslige utgangspunkter for vurderingen av «overriding public interest»	22
3.3.2 Tilfeller som ligger i kjernen av «overriding public interest»	24
3.3.3 Betydningen av tiltak som er begrunnet i en samfunnsøkonomisk interesse	27
3.3.4 Samfunnsøkonomiske interessers plass etter habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4	29
3.4 Oppsummering av det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest» i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c	33
4. Er vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b dekkende for «overriding public interest»?	35
4.1 Innledende premisser og problemstilling for videre drøftelse	35
4.2 Sammenligning av reguleringene – «samfunnsnyttene» er ikke dekkende for «overriding public interest»	38
4.3 Rettslige konsekvenser av at forskriften ikke er dekkende	41
4.3.1 Samspillet mellom sektorlovgivningen og vannforskriften – feilpraktisering som følge av at vannforskriften ikke er dekkende for «overriding public interest»	41
4.3.2 Gjennomføringen er problematisk i lys av det EØS-rettslige klarhetskravet	44
5. Avsluttende betraktninger og forslag til forbedringer	47
Kilderegister	49

1. INNLEDNING

1.1 Problemstilling og aktualitet

Vann med godt vannmiljø er en grunnleggende forutsetning for liv på jorden. Godt vannmiljø innebærer at vannforekomsten har tilstrekkelig god økologisk og kjemisk tilstand, samt at alle viktige grupper av dyr og planter som lever i tilknytning til vann blir tatt vare på.¹ Jordens vannressurser og vannmiljø står imidlertid overfor økt press og forurensning.² Det kan se ut til at beskyttelse av vannressurser tidligere har vært undervurdert på verdensbasis og i Europa, og myndighetenes forvaltning av disse har vært lavt prioritert.³ For å redusere presset på Europas vannressurser, har EU vedtatt en rekke rettsakter for å beskytte og sørge for en bærekraftig forvaltning av vannforekomster. Vanddirektivet⁴ er et eksempel på dette, og det er vanddirektivet som er avhandlingens tema. Direktivet er en av EUs rettsakter som gir den mest vidtrekkende beskyttelsen av Europas vannressurser.⁵ Direktivets effektivitet er her, som på andre områder, avhengig av korrekt gjennomføring av direktivets krav i nasjonal rett, og at den etterfølgende praktiseringen av regelverket skjer i tråd med direktivet.

Etter at Norge ble en del av Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) ved Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen),⁶ er bortimot alle deler av norsk forvaltning berørt av EØS-avtalen.⁷ Vanddirektivet er en del av EØS-avtalen,⁸ og er gjennomført i norsk rett ved vannforskriften.⁹ Forvaltningen er derfor forpliktet til å ta hensyn til de EØS-rettslig kravene som følger av vanddirektivet.

Blant kravene som vannforskriften stiller til forvaltningen er miljøkvalitetsnormene i vannforskriften §§ 4-7.¹⁰ Inngrep i vannforekomster i strid med miljøkvalitetsnormene er betinget av at unntaksvilkårene i forskriftens § 12 er oppfylt. Bestemmelsens annet ledd bokstav b angir at «samfunnsnyttene av de inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet». Selv om vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b har til hensikt å gjennomføre

¹ Se <https://www.regjeringen.no/no/tema/klima-og-miljo/naturmangfold/innsiktsartikler-naturmangfold/elver-og-innsjoer/id2076657/> (alle nettsider lest 10. desember 2023).

² Se Langlet og Mahmoudi (2016) s. 223

³ Se Fried mfl. (2017) s. 464–465.

⁴ Direktiv 2000/60 om fastsettelse av rammer for felleskapstiltak for vannpolitikk.

⁵ Se Langlet og Mahmoudi (2016) s. 224.

⁶ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto, 2. mai 1992.

⁷ Se NOU 2012: 2 s. 136, og Eriksen og Fredriksen (2019) s. 13.

⁸ Se EØS-avtalens vedlegg XX 13ca, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 artikkel 2.

⁹ Forskrift av 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen.

¹⁰ Regelverkets ulike sider behandles nærmere i kapittel 2.

og følge kravene i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, er det språklige forskjeller mellom bestemmelsene. Til forskjell fra den norske forskriftens åpne avveiningsvurdering av samfunnsnytte mot tap av miljøkvalitet, oppstiller vanndirektivbestemmelsen to alternative unntaksvilkår. Ett av disse er at inngrepet i vannforekomstens miljøtilstand må være begrunnet i en «overriding public interest».

Et særtrekk ved vannforskriften er at forskriften ble vedtatt i norsk rett før vanndirektivet ble del av EØS-avtalen.¹¹ Selv om det er en språklig forskjell mellom bestemmelsene, ble ikke ordlyden i vannforskriften §12 annet ledd endret ved innlemmelsen av vanndirektivet.

Avhandlingens problemstilling blir derfor todelt. Den første problemstillingen er å kartlegge innholdet i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b. Som nevnt beror dette i det vesentlige på innholdet i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c og begrepet «overriding public interest». Etter at innholdet er fastlagt, blir den andre problemstillingen å vurdere om formuleringen i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er dekkende for regelens innhold og om dette eventuelt har ført til at forvaltningen ikke har etterlevet de EØS-rettslige kravene. I tillegg vil jeg belyse hvorfor gjennomføringen slik den praktiseres i dag er problematisk i lys av det EØS-rettslige klarhetskravet.

Problemstillingene er ikke bare rettslig interessante, men også aktuelle. Behovet for å gjøre unntak fra miljøkvalitetskravene etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 og vannforskriften § 12, aktualiseres ved eksempelvis etablering av vannkraftverk, flomsikringsordninger, vannforsyningstiltak, oppdrettsaktivitet i sjø og etablering av sjødeponi. Oslo tingrett behandlet høsten 2023 spørsmål om gyldigheten av statlige tillatelser til deponering av gruveavfall i Førdefjorden («fjordsøksmålet»)¹². Dom forventes i januar 2024. Utslippstillatelsen gir et gruveselskap rett til å anlegge et sjødeponi der opptil 170 millioner tonn gruveavfall kan deponeres i fjorden.¹³ En av ugyldighetsinnsigelsene i saken er at forvaltningen ikke har hensyntatt de EØS-rettslige kravene i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.¹⁴

Den norske gjennomføringen av vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c har vært gjenstand for kritikk av European Free Trade Association (EFTA) og av EFTA Surveillance Authority (ESA). ESA har i den senere tid opprettet en egeninitiert sak mot Norge vedrørende Norges

¹¹ St.prp. nr. 75 (2007–2008) s. 8.

¹² Sak 22-165021TVI-TOSL. Medieomtale av saken; <https://www.nrk.no/vestland/i-dag-startar-rettssaka-om-gruveslam-i-fjorden--dette-er-striden-1.16559043>.

¹³ Miljødirektoratet (2023), punkt 9.4.2.

¹⁴ Saksdokumentene finnes på <https://fjordsoksmalet.no/dokumenter/>.

gjennomføring av vanddirektivet.¹⁵ Per dags dato har ikke ESA truffet avgjørelse i saken. Kritikken fra ESA ledet til at Klima- og miljødepartementet utarbeidet et forslag til endring av ordlyden i forskriftsbestemmelsen, og forslaget ble sendt på høring med høringsfrist 21. november 2023.¹⁶ I endringsforslaget er det foreslått at «overriding public interest» skal gjennomføres som «overordnede samfunnsinteresser». Både ESA-saken og endringsforslaget indikerer at avhandlingens problemstilling er aktuell og at vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c kunne vært gjennomført mer presist i norsk rett.

1.2 Metode og rettskilder

Problemstillingen innebærer blant annet fastleggelse av det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest». Innholdet i unntaksvilkåret må fastlegges ved bruk av EØS-rettslig metode.¹⁷ Det er derfor nødvendig å redegjøre for innholdet i den EØS-rettslige metoden.

Fortolkningen av EØS-regelverk består av to trinn, hvor første steg er å fastlegge den EU-rettslige løsningen.¹⁸ Det andre steget er å vurdere om den EU-rettslige løsningen kan overføres til EØS-retten.¹⁹ EØS-rettslig metode svarer langt på vei til EU-rettslig metode, fordi EØS-avtalen skal sørge for rettsenhet mellom EU- og EØS-området, og at EFTA-statene skal være en integrert del av EUs indre marked.²⁰ Grunnsetningen om rettsenhet mellom EU- og EØS-retten kalles for homogenitetsprinsippet. Prinsippet kommer til uttrykk i EØS-avtalen artikkel 6 og avtalen om overvåkningsorganet og domstolen (ODA) artikkel 3 nr. 1,²¹ som angir at EØS-bestemmelser skal tolkes konformt med tilsvarende EU-bestemmelse for å forhindre materielle ulikheter mellom EU- og EØS-retten. EU-rettskilder står derfor sentralt i den EØS-rettslige metoden.

EU-retten er en autonom rettsorden, som innebærer at EU-bestemmelser skal tolkes selvstendig og uavhengig av nasjonal begrepsbruk, juridisk metode og rettskultur.²² Gjennom en autonom fortolkning av EU-retten sikrer man en ensartet tolkning av EU-regelen, uten at nasjonal begrepsbruk og rettstradisjon bestemmer forståelsen av ord og uttrykk.

¹⁵ ESA (2021).

¹⁶ Se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-endringer-i-vannforskriften/id2992564/>.

¹⁷ Se Høgberg og Sunde (2019) s. 387, og Fredriksen og Mathisen (2018) s. 291.

¹⁸ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 294, og Arnesen mfl. (2022) s. 49–50.

¹⁹ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 294, og forutsetningsvis i Arnesen mfl. (2022) s. 50.

²⁰ Se EØS-avtalens fortale punkt 3 og 5 og artikkel 1 nr. 1.

²¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, Porto, 2. mai 1992.

²² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 295, og Arnesen mfl. (2022) s. 53.

Et virkemiddel for å sikre en autonom og enhetlig fortolkning er at EUs regelverk består av 24 offisielle språk som må ses i sammenheng.²³ Som jeg kommer tilbake til i kapittel 3.2.3, er «overriding public interest» ulikt formulert i språkversjonene. Jeg vil i avhandlingen se hen til den engelske, tyske, og svenske språkversjonen, og se disse i sammenheng.

Også norske og islandske språkversjoner inntatt i EØS-avtalen har samme gyldighet som EUs språkversjoner.²⁴ Vilkåret «overriding public interest» er oversatt til «altoverveiende offentlig interesse» i den norske språkversjonen.²⁵ Ettersom EU-domstolen aldri vil se hen til den norske eller islandske oversettelse, tilsier homogenitetsprinsippet at EØS-språkversjoner ikke skal tillegges betydning ved tolkningen. EØS-språkversjoner vil primært ha opplysningsverdi, men man må passe på at den EØS-rettslige språkversjonen samsvarer med EU-retten.²⁶

Fortolkningen av EU-regelverk skal ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd.²⁷ Bestemmelser i EU-rettsaktene er ofte vage og teknisk utformet, og slutningen som kan trekkes fra ordlyden vil være begrenset.²⁸ Utover ordlyden i de ulike språkversjonene, er kontekst, formål og bestemmelsens forhistorie viktige tolkningsfaktorer.²⁹ En realisering av EU-rettsaktens formål er avhengig av en kontekstuell og formålsrettet tolkning. Ettersom formålet og konteksten etter de 24 ulike språkversjoner er felles, er en kontekstuell og formålsrettet tolkning egnet til å imøtegå utfordringene ved at det foreligger flere autentiske språkversjoner.

Kontekstuell tolkning innebærer at systemet bestemmelsen inngår i trekkes inn i tolkningen. Dette kan være bestemmelsens plassering i rettsakten eller i lys av hele EU-retten.³⁰ Eksempelvis kan de alternative unntaksvilkårene i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c ses i sammenheng.

Rettsaktens formål og den aktuelle bestemmelsens formål utgjør en viktig del av den EØS-rettslige metoden. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte³¹ (TEUV) artikkel 296 fastsetter at rettsakter *skal* begrunnes, noe som vanligvis gjøres i rettsaktens fortale. Fortalen er ikke rettslig bindende, men kan gi viktige tolkningsbidrag, da rettsaktens overordnede formål og enkeltbestemmers formål ofte fremgår av den.

²³ Se Traktat om Den europeiske union (TEU) artikkel 55 nr. 1.

²⁴ Se EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1 tredje ledd.

²⁵ Se EØS-avtalens vedlegg XX 13ca, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 artikkel 2.

²⁶ I samme retning, Fredriksen og Mathisen (2018) s. 326, og Arnesen mfl. (2022) s. 59.

²⁷ Se bl.a. C-201/13 *Deckmyn*, avsnitt 19, og C-285/12 *Diakité*, avsnitt 27.

²⁸ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 299.

²⁹ C-263/18 *Tom Kabinet*, avsnitt 38 med videre henvisninger.

³⁰ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 299, og Arnesen mfl. (2022) s. 51.

³¹ Traktat om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa, 13. desember 2007.

Rettsaktens generelle formål og enkeltbestemmelsens formål må ses i sammenheng, og kan gi føringer for forståelsen av vilkåret.³² Vanddirektivets fortale og artikkel 1 regulerer rettsaktens generelle formål. Direktivets artikkel 4 gir uttrykk for et mer spesielt formål – miljømål og forringelsesforbudet.

Den kontekstuelle og formålsorienterte metoden innebærer at hovedregler skal tolkes utvidende og unntaksbestemmelser innskrenkende.³³ Gjennom en streng fortolkning av unntak fra en hovedregel, unngår man en rettstilstand hvor formålet med rettsakten og enkeltbestemmelsen uthules. Dette innebærer at unntaksvilkår – som «overriding public interest» – skal tolkes strengt.

I den EØS-rettslige metoden er EU-domstolens praksis en sentral rettskilde ved fastleggelse av innholdet i regelverket.³⁴ EU-domstolen har behandlet spørsmål tilknyttet vanddirektivet, herunder innholdet i «overriding public interest», ved en rekke anledninger. Ofte vil EUs Generaladvokater komme med innstillinger i saker som er tatt opp til doms i EU-domstolen. Innstillingene utgjør ikke selvstendige rettskilder, men kan gi bakgrunnsinformasjon om domspremissene i avgjørelsen til EU-domstolen.³⁵

I tillegg kan veiledningsdokumenter – også kalt «soft law» eller etterarbeider³⁶ – gi føringer for hvordan «overriding public interest» skal forstås.³⁷ Soft law supplerer fortolkningen av rettsakter, for å sikre en rettsenhetlig tolkning. Veiledningsdokumenter er ikke rettslig bindende og skal ikke tillegges særlig rettskildevekt. EU-domstolen vil ta utgangspunkt i direktivbestemmelsen og egen rettspraksis.³⁸ Det finnes eksempler fra rettspraksis til vanddirektivet hvor EU-domstolen har fraveket uttalelser i veiledningsdokumentene.³⁹

Ved tolkningen av unntaksvilkåret «overriding public interest» kan det søkes veiledning i habitatdirektivet.⁴⁰ Habitatdirektivet er et «søskendirektiv» til vanddirektivet, og er i likhet med vanddirektivet et miljødirektiv. Direktivet skal bevare og beskytte det biologiske mangfoldet

³² Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 308.

³³ Om utvidende tolkning; forente saker C-401 til 403/15 *Depesme og Kerrou*. Om innskrenkende tolkning; C-5/08 *Infopaq International*, avsnitt 56. Prinsippet har blitt lagt til grunn i C-535/18 *Nordrhein-Westfalen*, avsnitt 101, tilknyttet vanddirektivet.

³⁴ Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 315, og Arnesen mfl. (2022) s. 51.

³⁵ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 322.

³⁶ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 308, og Arnesen mfl. (2022) s. 54.

³⁷ CIS Guidance Document No. 1, 20 og 36.

³⁸ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 308.

³⁹ Se C-525/20 *Association France Nature Environnement*, avsnitt 69 flg.

⁴⁰ Direktiv 92/43/EU om bevaring av naturtyper samt ville dyr og planter.

og naturlige habitater.⁴¹ Verneverdige habitatområder får status som Natura 2000-områder, og hovedregelen er at inngrep i disse områdene er forbudt.⁴² Inngrep i Natura 2000-områdene er betinget av at en rekke unntaksvilkår, herunder «imperative reasons of overriding public interest», er oppfylt.⁴³

Habitatdirektivet er ikke inntatt i EØS-avtalen. Det kan derfor stilles spørsmål om det i EØS-retten er relevant å se hen til habitatdirektivet. Homogenitetsprinsippet forutsetter at EØS-regelverk anvendes EU-konformt. EU-domstolen vil ved tolkning av vanndirektivet se hen til habitatdirektivet. Ettersom første trinn ved tolkning av et EØS-regelverk er å fastlegge den EU-rettslige løsningen, forutsetter homogenitetsprinsippet og en EU-konform tolkning at også habitatdirektivet trekkes inn i tolkningen etter EØS-retten.⁴⁴ På denne bakgrunn vil det være relevant ved tolkningen av «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 å se til hvordan det tilsvarende vilkåret i habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4 har blitt forstått.

1.3 Avgrensninger og avhandlingens oppbygning

Avhandlingens problemstilling retter seg mot ett av unntaksvilkårene i vannforskriften § 12, og jeg avgrensner derfor mot behandling av de øvrige unntaksvilkårene. Avhandlingen skrives under forutsetningen at det foreligger et tiltak som *kan* medføre at «miljømålene i § 4-§ 7 ikke nås eller at tilstanden forringes»,⁴⁵ slik at unntaksvilkårene i reguleringen aktualiseres.

Avhandlingen avgrensner mot en inngående behandling av vannforskriftens ulike sider. Derfor faller for eksempel kravene til vannforvaltningsplaner og kvalitetselementer for beregning av vannforekomstens miljøtilstand utenfor avhandlingens rammer. Likevel er det nødvendig med en kort presentasjon av regelverkets funksjon og oppbygning i avhandlingens kapittel 2. Kapitlets hensikt er å sette avhandlingens problemstilling i kontekst, og det utgjør et nødvendig bakteppe for senere å kunne vurdere unntaksvilkåret.

I kapittel 3 vil jeg behandle vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, og det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. I kapittel 4 vil jeg med kapittel 3 som bakteppe vurdere om forskriftsbestemmelsen er dekkende for innholdet i direktivbestemmelsen. I tillegg vil det foretas en vurdering av hvilke rettslige konsekvenser det har at vannforskriften ikke gir et dekkende uttrykk for «overriding public

⁴¹ Habitatdirektivet artikkel 2 nr. 1.

⁴² Habitatdirektivet artikkel 6 nr. 2.

⁴³ Habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4.

⁴⁴ I samme retning, Schütz (2014) s. 21.

⁴⁵ Vannforskriften § 12 første ledd.

interest». I kapittel 5 vil jeg komme med noen avsluttende betraktninger og forslag til forbedringer.

2. REGELVERKETS FUNKSJON OG OPPBYGNING

2.1 Generelt om vannforvaltning

Vanndirektivet er gjennomført i norsk rett ved vannforskriften, og er et miljødirektiv. Som følge av at direktivet ikke er handelsregulerende er det minimumsharmoniserende,⁴⁶ noe som innebærer at medlemsstatene ikke kan stille lempeligere krav i gjennomføringsrettsakten enn det som følger av direktivet. Det kan likevel stilles strengere krav enn det som følger av direktivet.⁴⁷ Vannforskriften har til hensikt å følge direktivets krav.⁴⁸

Vannforskriften har til formål «å gi rammer for fastsettelsen av miljømål som skal sikre en mest mulig helhetlig beskyttelse og bærekraftig bruk av vannforekomstene».⁴⁹ Reguleringen ble vedtatt som følge av et økende press på vannforekomster og behov for «sufficient quantities of good quality water for all purposes».⁵⁰ Vannforekomster skal også forvaltes med sikte på å bevare ressursen for fremtidig bruk.⁵¹

Reguleringens anvendelsesområde er geografisk avgrenset, og gjelder for alle vannforekomster innenfor én nautisk mil utenfor grunnlinjen.⁵² Anvendelsesområdet omfatter to ulike vannforekomsttyper; overflatevann og grunnvann.⁵³ Overflatevann omfatter vannforekomster innenfor det geografiske anvendelsesområdet og avgrenser mot grunnvann.⁵⁴ Grunnvann er definert som «[v]ann under jordens overflate i den mettede sonen».⁵⁵ Selv om forskriftens § 12 og direktivets artikkel 4 gjelder for begge vannforekomsttyper, vil avhandlingen fokusere på overflatevannforekomster. Redegjørelsen for miljøkvalitetsnormene vil bli gjort med utgangspunkt i overflatevannforekomster.

Reguleringen oppstiller to tett forbundne materielle krav knyttet til overflatevannforekomster.⁵⁶ For det første skal overflatevannforekomsten «beskyttes mot forringelse».⁵⁷ Kravet er et preventivt tiltak, og blir omtalt som forringelsesforbudet av EU-domstolen.⁵⁸ Det andre er at

⁴⁶ Se TEUV artikkel 192.

⁴⁷ Se Dougan (2000) s. 855.

⁴⁸ Se Schütz (2014) fotnote 16.

⁴⁹ Vannforskriften § 1 første ledd, og vanndirektivet artikkel 1 bokstav a og b.

⁵⁰ Vanndirektivet fortale punkt 4.

⁵¹ Vanndirektivet fortale punkt 1.

⁵² Vannforskriften § 3 bokstav f.

⁵³ Vannforskriften § 3 bokstav b og c.

⁵⁴ Vannforskriften § 3 bokstav b.

⁵⁵ Vannforskriften § 3 bokstav c.

⁵⁶ Vannforskriften § 4 og vanndirektivet artikkel 4 nr. 1.

⁵⁷ Vannforskriften § 4 og vanndirektivet artikkel 4 nr. 1 (a)(i).

⁵⁸ C-461/13 *Weser*.

vannmiljøet i vannforekomsten skal «forbedres og gjenopprettes».⁵⁹ Plikten til forbedring omfatter aktive tiltak for å forbedre vannforekomstens miljøtilstand. Miljøkravene er selvstendige, rettslig bindende krav, ikke målsetninger.⁶⁰

Preventive og aktive tiltak skal iverksettes med henblikk på at overflatevannforekomsten skal oppnå «minst god økologisk og kjemisk tilstand» i løpet av gjeldende vannforvaltningsplanperiode.⁶¹ Overflatevannforekomstens økologiske tilstand er oppdelt i fem tilstandsklasser; fra *svært god* til *svært dårlig*.⁶² Tilstandsklassene tar utgangspunkt i avvik fra naturtilstand, hvor tilstandsklasse *svært god* er forbeholdt vannforekomster tilnærmet upåvirket av menneskelig aktivitet.⁶³ Vannforekomstens kjemiske tilstand bestemmes utfra mengden forurensende stoffer i vannet, og klassifiseres i tilstandsklassene *god* og *dårlig*.⁶⁴

Overflatevannforekomstens økologiske tilstand bestemmes i tråd med «det verste styrer»-prinsippet.⁶⁵ Prinsippet innebærer at kvalitetselementet med lavest tilstandsklasse bestemmer den økologiske tilstanden i vannforekomsten. Dersom vannforekomsten har fire kvalitetselementer med tilstandsklasse *god* og én med *dårlig*, vil vannforekomsten ha tilstandsklasse *dårlig*.

En praktisk konsekvens av at forringelsesforbudet utgjør et selvstendig miljøkvalitetskrav, er at det foreligger en forringelse dersom ett kvalitetselement endrer tilstandsklasse, uten at det påvirker miljøtilstanden som helhet. Forringelsesforbudet stiller altså krav til at «*status quo*»-tilstanden i vannforekomsten opprettholdes.⁶⁶

Forringelse foreligger ved negative endringer i overflatevannforekomstens miljøtilstand.⁶⁷ Forringelsesbegrepet omfatter både irreversible og midlertidige forringelser, såfremt den midlertidige forringelsen av natur ikke har liten effekt på vannforekomstens miljøtilstand.⁶⁸

⁵⁹ Vannforskriften § 4 og vanndirektivet artikkel 4 nr. 1 (a)(ii).

⁶⁰ *Weser*, avsnitt 31–46.

⁶¹ Vannforskriften kap. 5 og vanndirektivet artikkel 4 nr. 4.

⁶² Vannforskriften og -direktivets vedlegg V.

⁶³ Larsen og Solli (2022) s. 283 med videre henvisninger.

⁶⁴ Vannforskriften og -direktivets vedlegg V.

⁶⁵ Se *Weser*, avsnitt 59. I EU-retten omtales prinsippet som *the One Out, All Out Rule*.

⁶⁶ Se *Weser*, avsnitt 63.

⁶⁷ Se *Weser*, avsnitt 53–69.

⁶⁸ Se *Association France Nature Environnement*, avsnitt 45. At forringelsesbegrepet omfatter midlertidige forringelser må ses i sammenheng med unntaksbestemmelsen i vanndirektivet artikkel 4 nr. 6.

Forvaltningen skal som den klare hovedregel nekte enkeltprosjekter som kan være i strid med miljøkravene.⁶⁹ Forutsetningen for at tiltak i strid med miljøkravene skal kunne gjennomføres, er at unntaksvilkårene i vannforskriften § 12, jf. vanddirektivet artikkel 4 nr. 7, er oppfylt.

2.2 Særlig om regelverkets unntaksvilkår for ny aktivitet

Reguleringen oppstiller to alternative situasjoner («situasjonsvilkår») hvor inngrep i overflatevannforekomsten kan aksepteres.⁷⁰ Første situasjonsvilkår gjelder ved «nye endringer i de fysiske egenskapene til en overflatevannforekomst» eller «endret nivå i en grunnvannforekomst».⁷¹ Situasjonsvilkåret vil typisk være relevant ved flomsikringstiltak og etablering av vannkraftverk.⁷² Andre situasjonsvilkår gjelder ved «ny bærekraftig aktivitet som medfører forringelse i miljøtilstanden i en vannforekomst fra svært god tilstand til god tilstand».⁷³ Situasjonsvilkåret gjelder kun for økologisk tilstand – og det åpnes kun for endringer fra svært god til god tilstand. Som nevnt klassifiseres kjemisk tilstand i tilstandsklassene god og dårlig, og situasjonsvilkåret kommer ikke til anvendelse ved forringelse av den kjemiske tilstanden. Dette alternativet gjelder ved for eksempel oppdrettsaktivitet i sjø.⁷⁴

Forutsetningen for at de kumulative unntaksvilkårene i vannforskriften § 12 annet og tredje ledd kommer til anvendelse, er at ett av situasjonsvilkårene er oppfylt.

Det første unntaksvilkåret er at «alle praktisk gjennomførbare tiltak settes inn for å begrense negativ utvikling i vannforekomstens tilstand».⁷⁵ Videre kreves det at årsaken til inngrepet i vannforekomsten skal angis i vannforvaltningsplanene og at målene i planen revideres hvert sjette år.⁷⁶ Samtidig må «hensikten med de nye inngrepene eller aktivitetene [...] på grunn av manglende teknisk gjennomførbarhet eller uforholdsmessig store kostnader, ikke med rimelighet oppnås med andre midler som miljømessig er vesentlig bedre».⁷⁷

Det siste unntaksvilkåret, som utgjør avhandlingens problemstilling, er at «samfunnsnyten av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet».⁷⁸ Ordlyden i

⁶⁹ Se *Weser*, avsnitt 48.

⁷⁰ Vannforskriften § 12 første ledd og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7.

⁷¹ Vannforskriften § 12 første ledd bokstav a, og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 første strekpunkt.

⁷² Se CIS Guidance Document No. 36 s. 19.

⁷³ Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 annet strekpunkt.

⁷⁴ Se CIS Guidance Document No. 36 s. 21.

⁷⁵ Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav a, og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav a.

⁷⁶ Vannforskriften § 12 tredje ledd, og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav b.

⁷⁷ Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav c, og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav d.

⁷⁸ Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, og vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

forskriften er ulik direktivet, da direktivbestemmelsen oppstiller to alternative unntaksvilkår, hvorav ett av disse er «overriding public interest».

3. VANNFORSKRIFTEN § 12 ANNET LEDD BOKSTAV B OG DET EØS-RETTLIGE INNHOLDET I «OVERRIDING PUBLIC INTEREST»

3.1 Oversikt over vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b og et sideblikk til direktivbestemmelsen

For å vurdere om vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er dekkende for vanndirektivets artikkel 4 nr. 7 bokstav c, og om forskriften har blitt tolket i henhold til kravene i vanndirektivets artikkel 4 nr. 7 bokstav c, er det nødvendig med en innledende presentasjon av vannforskriftbestemmelsen for å sette problemstillingen i kontekst.

Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b angir at «samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet». Ordlyden er generell, og gir anvisningen på en kost-nytte-vurdering, hvor samfunnsnyttene av tiltaket må holdes opp mot de negative konsekvensene tiltaket har for vannmiljøet. Tilsvarende har blitt lagt til grunn i gjeldende veileder til vannforskriften § 12.⁷⁹

Formuleringen «samfunnsnyttene» er vid, og avgrensner ikke mot hvilke samfunnsnyttehensyn som er relevante, ei heller i hvilke tilfeller disse kan vektlegges i vurderingen. I veilederen uttales det at det ved vurderingen av «samfunnsnyttene» er relevant å se hen til «hvilke samfunnsmessige behov virksomheten dekker, hvilket formål tillatelsen etter regelverket skal oppnå, og hvilket bidrag denne konkrete virksomheten gir til formålet».⁸⁰ Også veilederen fremstår som generell og gir ingen klare føringer for hvilke samfunnsnyttehensyn som er relevante i vurderingene.

En innledende tolkning av forskriftsbestemmelsen viser at bestemmelsen gir anvisning på en generell, bred skjønnsmessig vurdering. Forskriftsbestemmelsen oppstiller ikke noe krav til *hva slags* og *i hvilke situasjoner* samfunnsnyttehensyn er relevante.

Direktivbestemmelsen angir at:

«the reason for those modifications or alterations are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in

⁷⁹ Se T-2015-9001 s. 7.

⁸⁰ *Ibid.*

paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development»

Til forskjell fra vannforskriften, oppstiller direktivbestemmelsen to alternative unntaksvilkår. Det ene at endringene kan begrunnes i «overriding public interest», det andre at virkningene av endringene utveies av hensynet til menneskers helse og sikkerhet eller bærekraftig utvikling.

Ordlyden i forskriften ligger tettest på det andre alternative vilkåret i vanndirektivet. Formuleringen i forskriften er likevel upresis. Direktivbestemmelsens andre alternativ åpner kun for at samfunnsinteressene menneskers helse og sikkerhet, og bærekraftig utvikling kan vektlegges. Forskriftens formulering om «samfunnsnytt» er derimot generell og begrenser ikke hvilke hensyn som er relevante. Selv om en behandling av det andre alternative unntaksvilkåret i direktivet ligger utenfor avhandlingens rammer, er det behov for å se nærmere også på dette vilkåret.⁸¹ Ut fra ordlyden alene synes det likevel mest nærliggende at dette unntaksvilkåret er snevrere enn en vurdering av «samfunnsnytt» av tiltaket som sådan.⁸²

Det første alternative unntaksvilkåret i direktivet – «overriding public interest» – kan vanskelig utledes av forskriftens ordlyd. I den norske språkversjonen av direktivet har vilkåret blitt oversatt til «altoverveiende offentlig interesse». Isolert gir «overriding» og «altoverveiende» uttrykk for at kun mer kvalifiserte samfunnsinteresser kan tas i betraktning. Forskriftsbestemmelsen angir imidlertid *kun* at det er «samfunnsnytt» som skal vurderes. Således fremstår direktivets krav om «overriding public interest» som strengere enn forskriftens krav om «samfunnsnytt».⁸³

Språklig sett fremstår unntaksvilkårene i direktivbestemmelsen som strengere enn unntaksvilkåret i forskriftsbestemmelsen. Umiddelbart synes vannforskriften å ha kombinert *deler* av de to alternativene, og det på en måte som oppstiller en lavere terskel enn det direktivet krever. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 3 og 4 nedenfor.

Problemstillingen kan ikke besvares alene på bakgrunn av ordlyden i bestemmelsene. Hvorvidt vannforskriftbestemmelsen gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest», må vurderes med utgangspunkt i det EØS-rettslige innholdet i vilkåret.

⁸¹ Se kapittel 3.2.1 nedenfor.

⁸² I samme retning, Backer (2012) s. 293, og Schütz (2016) s. 457.

⁸³ *Ibid.*

I det følgende vil jeg vurdere det EØS-rettslige innholdet i direktivbestemmelsen generelt og «overriding public interest» spesielt, altså *hva slags vurdering* ordlyden legger opp til. Deretter vil jeg i kapittel 3.3 se på *hvilke samfunnsinteresser* som er relevante.

3.2 Det EØS-rettslige innholdet i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c generelt og «overriding public interest» spesielt

3.2.1 To alternative unntaksvilkår

Inngrep i en overflatevannforekomsts miljøtilstand er som nevnt betinget av at minst ett av de alternative unntaksvilkårene i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c er oppfylt. Hovedfokuset i avhandlingen er på alternativet «overriding public interest». Ettersom kontekstuell tolkning står sentralt i den EØS-rettslige metoden, vil jeg likevel kort redegjøre for det andre alternative unntaksvilkåret.

Det andre alternative unntaksvilkåret angir at «the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development». Ordlyden gir anvisning på en interesseavveining. Formuleringen «outweigh» viser at det er tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt. Etter vilkåret må nyttevirkningen for miljøet ved oppnåelse av miljømålene i artikkel 4 være mindre enn tiltakets nyttevirkninger for «human health, to maintenance of human safety or to sustainable development».

Når de to alternative unntaksvilkårene ses i sammenheng, synes samfunnsinteressene nevnt i det andre alternativet å være uttømmende angitt. Noe annet vil gjøre opplistingen unødvendig og det første alternativet om «overriding public interest» innholdsløst.

Samfunnsinteressene som er opplistet, er skjønnsmessige og favner vidt. Et selvstendig spørsmål er hvor vidt skjønnsrommet er. I tråd med EØS-rettslig metode må vilkåret tolkes strengt. Dette innebærer at samfunnsinteressene ikke tolkes så vidt at formålet og hovedregelen i direktivet mister sin effektive virkning.

Hverken EU-domstolen eller veiledningsdokumentene til vanndirektivet gir noen føringer for hvordan samfunnsinteressene opplistet i alternativet skal forstås. Dette kan skyldes at vilkåret er skjønnsmessig, og at det derfor vanskelig kan gis en klar definisjon for hvilke tilfeller som typisk omfattes. At vilkåret er skjønnsmessig, medfører at medlemsstatene har en viss

skjønnsmargin,⁸⁴ men medlemsstatene må uansett vise at det er foretatt en konkret vurdering i det aktuelle tilfellet.

Med dette som bakteppe, går jeg over til det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest».

3.2.2 «[O]verriding public interest» i en historisk kontekst og innledende premisser

Isolert sett er vanndirektivets formulering velkjent. Første gang kriteriet «overriding public interest» ble introdusert i EU-retten var i EU-domstolens avgjørelse i *Cassis de Dijon*.⁸⁵ Saken gjaldt spørsmål om et inngrep i de fire friheter kunne rettfærdiggjøres. Den tyske stat hadde gjennomført en lov som stilte krav til at fruktlikør skulle inneholde minst 25% alkohol. En fransk solbærlikør, som inneholdt mellom 15% og 20% alkohol, kunne derfor ikke importeres til Tyskland. EU-domstolen uttalte at lovregelen utgjorde et inngrep i retten til fri flyt av varer, og det kunne ikke gjøres unntak i medhold av den lovfestede unntaksbestemmelsen i TFEU artikkel 36. Av interesse i denne sammenheng er at EU-domstolen etablerte en ulovfestet rettfærdighetsgrunn – «mandatory requirements».⁸⁶ I dag går den ulovfestede rettfærdighetsgrunnen under formuleringen «matters of overriding public interest» ('tvingende allmenne hensyn' på norsk).⁸⁷

Senere ble kriteriet introdusert i EUs miljørett ved *Leybucht*-avgjørelsen.⁸⁸ Sakens kjerne var hvorvidt medlemstater kunne iverksette tiltak som kunne forringe særskilte verneområder etter fugledirektivet artikkel 4.⁸⁹ På domsavsigelsestidspunktet inneholdt fugledirektivet ingen unntaksklausul i inngrepstilfellene. EU-domstolen la til grunn at unntak kunne tenkes i eksepsjonelle tilfeller, såfremt tiltaket var av «a general interest which is superior to the general interest represented by the ecological objective of the directive».⁹⁰

Hvilke offentlige interesser som kunne rettfærdiggjøre et unntak etter læren om tvingende allmenne hensyn og kravet i *Leybucht* var begrenset. I *Leybucht* uttalte EU-domstolen at det kun forelå en rettfærdiggjøringsgrunn dersom tiltaket var begrunnet i «public health and safety issues».⁹¹ Tilsvarende var utgangspunktet i handelsretten etter *Cassis de Dijon*, hvor kun enkelte

⁸⁴ Se Larsen og Solli (2022) s. 288.

⁸⁵ C-120/78 *Cassis de Dijon*.

⁸⁶ *Cassis de Dijon*, avsnitt 14.

⁸⁷ Se Costa og Peers (2020) s. 385.

⁸⁸ C-57/89 *Leybucht*.

⁸⁹ Direktiv 79/409/EU om beskyttelse av ville fugler. Fugledirektivet er et paralleldirektiv til habitatdirektivet.

⁹⁰ *Leybucht*, avsnitt 22.

⁹¹ *Leybucht*, avsnitt 22–24.

samfunnsinteresser kunne begrunne unntak etter rettferdiggjøringsgrunnen.⁹² Den senere utviklingen i handelsretten har gått i retning av at flere offentlige interesser kan begrunne et unntak.⁹³

Kriteriet «overriding public interest» har altså sin opprinnelse i rettspraksis, og har fått fotfeste i flere miljørettsdirektiver, herunder vanddirektivet, habitatdirektivet og havstrategidirektivet.⁹⁴ Selv om utformingen og innholdet i vilkåret i handelsretten og miljøretten til dels har tatt ulike veier, kan den rettshistoriske konteksten gi føringer for hvordan unntaksvilkåret skal forstås i vanddirektivet.⁹⁵

Videre har medlemsstatene en viss skjønnsmargin ved vurdering av om et inngrep i vannforekomstens miljøtilstand er begrunnet i en «overriding public interest».⁹⁶ Likevel stilles det krav til grundige utredninger og at det faktisk foretas en konkret vurdering av om unntaksvilkåret er oppfylt.⁹⁷ En grundigere behandling av skjønnsmarginen vil ikke bli foretatt, da dette ligger på siden av avhandlingens problemstilling.

Det er *begrunnelsen* («the reason») for tiltaket som må utgjøre en «overriding public interest». Ordlyden viser at det er det konkrete tiltaket som må være av en «overriding public interest», noe som tilsier at tiltaket må underkastes en konkret vurdering. Tilsvarende har blitt lagt til grunn i rettspraksis.⁹⁸

Hva slags vurdering vilkåret gir anvisning på, kan derimot ikke utledes av ordlyden alene. På den ene siden kan «overriding public interest» tolkes slik at det må foretas en interesseavveining, hvor den «public interest» tiltaket fremmer, må være «overriding» sammenlignet med fordelene for miljø og samfunn av å nå miljømålene i vanddirektivet artikkel 4. På den andre siden kan vilkåret tolkes slik at det stiller krav til karakteren av samfunnsinteressen som kan begrunne unntak. Tolkingsalternativene vil i det følgende bli omtalt som *avveiningsnorm* og *krav til samfunnsinteressens karakter*.

3.2.3 Hva slags vurdering gir «overriding public interest» anvisning på?

Hva slags vurdering unntaksvilkåret «overriding public interest» gir anvisning på, er av betydning for avhandlingens problemstilling. Dersom vurderingen og vurderingstemaet etter

⁹² Se *Cassis de Dijon*, avsnitt 8.

⁹³ Se omtale i kapittel 3.3.3.

⁹⁴ Direktiv 2008/56/EU om etablering av en ramme for felleskapets tiltak innenfor havmiljøpolitikk.

⁹⁵ Se kapittel 3.2.3 og 3.3.3.

⁹⁶ C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsnitt 70.

⁹⁷ Se *Schwarze Sulm*.

⁹⁸ Se *Weser*, avsnitt 51.

vilkåret er ulikt det som følger av forskriftsbestemmelsen, kan dette indikere at forskriftsbestemmelsen ikke er dekkende for direktivbestemmelsen.

Unntaksvilkåret «overriding public interest» har blitt oversatt til «altoverveiende offentlig interesse» i den norske språkversjonen.⁹⁹ Isolert peker ordlyden «overriding» og «altoverveiende» mot at kun betydningsfulle og mer kvalifiserte samfunnsinteresser kan begrunne et unntak, og at det må trekkes et skille mellom ordinære og overordnede samfunnsinteresser. Språklig sett taler dette for at vilkåret stiller krav til samfunnsinteressens karakter. I samme retning trekker det at «public interest» og «offentlig interesse» står i ubestemt entallsform. På den andre siden består unntaksvilkåret av to deler – «overriding» og «public interest». Sett i sammenheng kan vilkårets ulike sider indikere at samfunnsinteressen må være «overriding» sammenlignet med noe annet.

Etter den tyske språkversjonen må inngrepet være begrunnet i en «übergeordnetem öffentlichem Interesse», som kan oversettes til overordnet offentlig interesse. Ordlyden ligner på den engelske språkversjonen, og gir ikke ytterligere føringer enn det som allerede kan utledes av denne.

Den svenske språkversjonen er noe ulikt utformet, særlig med hensyn til bestemmelsens oppbygning. Språkversjonen angir at inngrepet må være begrunnet i «ett allmäninteresse av större vikt». Formuleringen «vikt» er et vektingsord, og sett i sammenheng med «större», indikerer at det må foretas en avveining mellom ulike størrelser.

I fortalen til den svenske direktivversjonen fremgår det at samfunnsinteressene må være «av utomordentligt stor betydelse från allmän synpunkt».¹⁰⁰ Uttalelsen indikerer at samfunnsinteressen tiltaket fremmer må være av ekstraordinær karakter. Uttalelsen ligger tettere opp til ordlyden i den engelske og tyske språkversjonen,¹⁰¹ og kan tilsi at unntaksvilkåret stiller krav til samfunnsinteressens karakter.

Ordlyden i språkversjonene trekker i ulik retning, og gir ingen klar føring for hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn. I tråd med EØS-rettslig metode må det ses hen til andre EU-rettskildedefaktorer som kan kaste lys over unntaksvilkårets innhold.

Det kan stilles spørsmål om hvilket tolkningsalternativ som best ivaretar vanndirektivets formål. I en avveiningsnorm må samfunnsinteressen et tiltak fremmer veies opp mot noe. I lys

⁹⁹ Se kapittel 1.1.

¹⁰⁰ Vanndirektivets fortale punkt 32.

¹⁰¹ I samme retning, Lundh (2016) s. 72.

av at vanddirektivet har til formål å sørge for at vannforekomster blir forvaltet med sikte på å opprettholde og gjenopprette vannmiljøet,¹⁰² er det nærliggende at samfunnsinteressen må veies opp mot interessen i å ha et godt vannmiljø. Isolert vil en avveiningsnorm kunne hensynte vanddirektivets formål.

Likevel er det i lys av det andre alternative unntaksvilkåret problematisk dersom det skal foretas en avveining også etter «overriding public interest». Formuleringen «public interest» er videre enn samfunnsnytt hensynene som fremgår av det andre alternative unntaksvilkåret, og vil konsumere det andre alternativet ved en avveiningsnorm. Samtidig har det formodningen mot seg at vurderingstemaet etter de alternative unntaksvilkårene er lik, all den tid disse er utformet ulikt.

En innvending mot at «overriding public interest» kun stiller krav til samfunnsinteressens karakter, er at en slik forståelse kan tilsi en vurdering løsrevet fra direktivets formål. I juridisk teori har det blitt argumentert for at det etter tilsvarende vilkår i habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4 stilles krav til samfunnsinteressens karakter kombinert med proporsjonalitetsbetraktninger.¹⁰³ Et proporsjonalitetskrav i tillegg til krav til samfunnsinteressens karakter innebærer at det skal mer til for at vilkåret er oppfylt i et tilfelle hvor inngrepet innebærer at overflatevannforekomstens miljøtilstand går fra svært god til dårlig enn hvor vannforekomstens miljøtilstand forringes til god. En slik vurdering vil i større grad hensynte formålet og interessene i vanddirektivet enn en isolert vurdering av samfunnsinteressens karakter.

Som omtalt i kapittel 3.2.2 ble forgjengeren til unntaksvilkåret «overriding public interest» introdusert i EU-retten ved *Cassis de Dijon*. I handelsretten viser rettferdiggjøringsgrunnen til krav til karakteren av samfunnsinteressen som kan begrunne et inngrep i for eksempel fri flyt av varer.¹⁰⁴ I tillegg stilles det krav til at tiltaket må være *nødvendig* for å fremme samfunnsinteressen i tiltaket, slik at tiltaket står i et proporsjonalt forhold til inngrepet.¹⁰⁵ En slik forståelse har klare likhetstrekk med argumentasjonslinjen over, og underbygger at «overriding public interest» stiller krav til samfunnsinteressens karakter og proporsjonalitet.

På denne bakgrunn taler formålsbetraktninger, kontekst, og rettshistorisk kontekst for at unntaksvilkåret stiller krav til både samfunnsinteressens karakter og proporsjonalitet.

¹⁰² Vanddirektivets forale punkt 26 og 28, og artikkel 1.

¹⁰³ Se Nollkaemper (1997) s. 280, og de Sadeleer (2005) s. 248.

¹⁰⁴ Se Commission Notice 2021/C 100/03 s. 71.

¹⁰⁵ Se C-390/99 *Canal Satélite Digital*, avsnitt 33, og C-286/07 *Kommisjonen mot Luxemburg*, avsnitt 36.

En sak fra EU-domstolen som kan gi føringer for hvordan vilkåret skal forstås, er fortolkningsavgjørelsen *Nomarchiaki*.¹⁰⁶ Saken gjaldt avledning av den øvre delen av den greske elven Achloos inn i elven Pinios. Inngrepet var betinget av at unntaksvilkårene i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 var oppfylt. Generaladvokaten uttalte i saksforberedelsen at det ikke var tilstrekkelig å identifisere en legitim samfunnsinteresse tiltaket fremmet, og at samfunnsinteressen tiltaket var begrunnet i måtte holdes opp mot «the adverse effects of the measure in order to be recognised as ‘overriding’».¹⁰⁷ Det er nærliggende å tolke uttalelsen slik at det stilles krav til samfunnsinteressen, og at denne må holdes opp mot forringelsen tiltaket kan medføre.

EU-domstolen uttalte i hovedforhandlingen at vanndirektivets unntaksregime i artikkel 4 nr. 7 ikke kom direkte til anvendelse, da det ikke var utarbeidet vannforvaltningsplaner.¹⁰⁸ Likevel fikk vilkåret analogisk anvendelse.¹⁰⁹ Behandling av vilkåret er kortfattet, og det kan ikke utledes at EU-domstolen eksplisitt slutter seg til Generaladvokatens standpunkt. Dette svekker rettskildevekten av Generaladvokatens uttalelse.

Særlig fordi det ikke kan trekkes en klar slutning fra ordlyden i de ulike språkversjonene, må det legges avgjørende vekt på at formåls- og kontekstbetraktninger trekker i retning av at «overriding public interest» stiller krav til samfunnsinteressens karakter, samt at samfunnsinteressen må stå i et proporsjonalt forhold til inngrepet. Samtidig er det av betydning at EU-domstolens rettspraksis og at Generaladvokatuttalelser synes å underbygge en slik forståelse.

På denne bakgrunn er vurderingen som skal foretas etter «overriding public interest» ulik avveiningsnormen i forskriftsbestemmelsen. At vurderingstemaet etter bestemmelsene er ulike indikerer at forskriftsbestemmelsen ikke er dekkende for «overriding public interest». Likevel er forutsetningen for at forskriftsbestemmelsen ikke gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest» at denne i større grad åpner for unntak sammenlignet med direktivbestemmelsen. Besvarelsen av dette krever en nærmere vurdering av hvilke samfunnsinteresser et tiltak er begrunnet i kan utgjøre en «overriding public interest».

¹⁰⁶ C-43/10 *Nomarchiaki*.

¹⁰⁷ Se Generaladvokat Kokott, *Nomarchiaki*, avsnitt 89.

¹⁰⁸ Se *Nomarchiaki*, avsnitt 64.

¹⁰⁹ Se *Nomarchiaki*, avsnitt 65.

3.3 Hva slags type samfunnsinteresse et tiltak er begrunnet i kan utgjøre en «overriding public interest»?

3.3.1 Rettslige utgangspunkter for vurderingen av «overriding public interest»

Kapittelets hensikt er å analysere hvilke typer «public interest» som kan utgjøre en «overriding public interest». Selv om det må avgjøres konkret hvorvidt et tiltak er begrunnet i en «overriding public interest», kan det gis noen generelle retningslinjer for hvilke typer tiltak og samfunnsinteresser som kan oppfylle vilkåret.

Ordlyden «public interest» avgrenser mot rene private interesser i gjennomføringen av et tiltak. At interessen må være «public» indikerer at tiltaket må være i samfunnets interesse, og at det må skilles mellom individuell nytte og samfunnets nytte av tiltaket. Det er samfunnets interesse i tiltaket som er avgjørende, til forskjell fra enkeltaktørers eller næringens egne interesser. At private interesser ikke er av betydning, innebærer at bedriftsøkonomiske hensyn ikke kan begrunne et unntak etter vilkåret. Eksempelvis kan ikke det forhold at et tiltak kan være økonomisk innbringende for en virksomhet utgjøre en «public interest».¹¹⁰

Formuleringen «overriding» utgjør et kvalifiserende element for hvilke samfunnsinteresser som kan begrunne et unntak. Ikke alle samfunnsinteresser kan være «overriding».¹¹¹ Det må derfor trekkes et skille mellom en ordinær og kvalifisert samfunnsinteresse. Dette kan underbygges av Generaladvokatens uttalelse i *Stadt Frankfurt*.¹¹² Generaladvokaten uttalte at for at tiltaket skal utgjøre en «overriding public interest» må tiltaket være av «particular importance».¹¹³ Saken ble trukket før den ble tatt opp til doms. Generaladvokatens uttalelse har derfor liten rettskildevekt, men slutter seg likevel til det som allerede kan utledes av ordlyden, nemlig at kun kvalifiserte samfunnsinteresser kan begrunne unntak.

Ordlyden utelukker imidlertid ikke at andre enn statlige aktører kan gjennomføre et tiltak. Begrunnelsen for dette er antakelig at samfunnsinteressen et tiltak fremmer er like viktig uavhengig av om det er en statlig eller privat aktør som gjennomfører tiltaket. Som drøftelsen under viser, er vannforsyning en samfunnsinteresse som generelt ligger i kjernen av vilkåret. I EU varierer det om det er statlige eller private aktører som sørger for vannforsyning. I Frankrike

¹¹⁰ Se også CIS Guidance Document No. 1 s. 20.

¹¹¹ Se CIS Guidance Document No. 36 s. 59.

¹¹² C-723/21 *Stadt Frankfurt*.

¹¹³ Se Generaladvokat Medina, *Stadt Frankfurt*, avsnitt 137.

er det private aktører som sørger for vann- og avløpstjenester,¹¹⁴ mens i Norge kan nye vann- og avløpsinfrastrukturer kun eies av det offentlige.¹¹⁵

Vanndirektivets formål er å tilrettelegge for en mest mulig helhetlig beskyttelse og bærekraftig bruk av vannforekomster.¹¹⁶ Samtidig skal vannforekomstene forvaltes med sikte på å oppnå miljømålene, samt forhindre ytterligere forringelse av vannforekomstenes miljøtilstand. Ettersom alle aktiviteter kan begrunnes i en viss samfunnsinteresse, må det trekkes en grense mot mindre fundamentale samfunnsinteresser slik at direktivformålet skal få effektiv virkning. Sett i sammenheng med ordlyden «overriding», «altoverveiende», og «übergeordnetem» taler dette for at kun tiltak som er begrunnet i kvalifiserte samfunnsinteresser kan oppfylle vilkåret.

At det må trekkes en grense mot ordinære samfunnsinteresser underbygges av at «overriding public interest» er et unntaksvilkår. Som omtalt i kapittel 1.2 er det et EU-rettslig prinsipp at unntaksbestemmelser skal tolkes snevert, og er etter rettspraksis tilknyttet vannedirektivet «subject to strict conditions».¹¹⁷ En streng tolkning av «overriding»-kriteriet er avgjørende for at unntaksvilkåret skal ha et reelt innhold.

EU-kommisjonen har i veiledningsdokumentene til regelverket trukket frem en rekke typer samfunnsinteresser et tiltak kan fremme:

«It is reasonable to consider that the reasons of overriding public interest refer to situations where plans or projects envisaged to prove to be indispensable within the framework of:

- Actions or policies aiming to protect fundamental value for citizen's lives (health, safety, environment);
- Fundamental policies for the state and the society;
- Carrying out activities of an economic or social nature, fulfilling specific obligations of public services»¹¹⁸

Første strekpunkt gir uttrykk for at tiltak som fremmer grunnleggende og fundamentale verdier for borgerne kan begrunne et unntak i medhold av vilkåret. Disse samfunnsinteressene tilsvarer interessene som følger av det andre alternative unntaksvilkåret i direktivbestemmelsen.¹¹⁹ Fra

¹¹⁴ Se Bakkejord mfl. (2005), «Brytningstider for vann- og avløpssektoren? Om konsekvenser for kommunene av en eventuell liberalisering» [<https://www.ks.no/contentassets/25b5f28ec05a4a8e9d62df669ab3137a/rapport---sintef.pdf>].

¹¹⁵ Se Lov 16. mars 2012 nr. 12 om kommunale vass- og avløpsanlegg § 1 første ledd.

¹¹⁶ Se vannedirektivet artikkel 1 bokstav a og b.

¹¹⁷ Se *Nordrhein-Westfalen*, avsnitt 101 med videre henvisninger til *Weser*, avsnitt 67.

¹¹⁸ Se CIS Guidance Document No 20 s. 77, og CIS Guidance Document No 36 s. 60.

¹¹⁹ Se nærmere om dette i kapittel 3.2.1.

det mer til det mindre er det naturlig at også slike offentlige interesser er av betydning i en vurdering av «overriding public interest», da ordlyden «public interest» er videre enn samfunnsinteressene som følger av det andre alternative unntaksvilkåret. Sett i sammenheng med det andre alternative unntaksvilkåret vil tiltak som er begrunnet i slike samfunnsinteresser ligge i kjernen av «overriding public interest».

Eksempelene i veiledningsdokumentet er vide og ikke skarpt tilskåret. Fellesnevneren er likevel at tiltaket må være begrunnet i viktige samfunnsfunksjoner, som for eksempel grunnleggende statlige forpliktelser overfor samfunnet. Hva som skal til for at en samfunnsinteresse er kvalifisert eller overordnet kan derimot ikke utledes. Jeg vil det følgende analysere hvilke tilfeller som vil ligge i kjernen av vilkåret, og analysere hvorfor tiltakene er begrunnet i en samfunnsinteresse som er kvalifisert. For å illustrere hvilke typer tiltak som kan utgjøre en «overriding public interest» vil jeg se hen til praksis fra EU-domstolen, andre rettsakter og eksempler som kan gi føringer for problemstillingen.

3.3.2 Tilfeller som ligger i kjernen av «overriding public interest»

Kapittelets formål er å identifisere hvilke typer tiltak som ligger i kjernen av «overriding public interest», og analysere hvorfor disse lettere oppfyller unntaksvilkåret.

Det er to sentrale dommer tilknyttet vanndirektivet som omhandler innholdet i «overriding public interest» – *Nomarchiaki*¹²⁰ og *Schwarze Sulm*.

Tiltaket i *Nomarchiaki* var begrunnet i vanntilgang til jordbruksområder, elektrisitetsproduksjon og drikkeforsyning til urbane områder. Til vurderingen av om tilstrekkelig tilgang til drikkevann kunne kvalifisere til en «overriding public interest» kommenterte Generaladvokaten at tiltak som er begrunnet i tilstrekkelig drikkevannsforsyning er «as a rule, of overriding public interest».¹²¹ EU-domstolen sluttet seg til dette.¹²² De to andre samfunnsnyttehensynene – vanning i jordbruket og elektrisitetsproduksjon – ble ansett som mindre fundamentale, og det skal generelt mer til for at slike samfunnsinteresser kan begrunne et unntak.¹²³

Begrunnelsen for formålenes ulike betydning kan søkes i det underliggende rettskildematerielt. Tilstrekkelig tilgang til drikkevann er en grunnleggende forutsetning for menneskers liv og

¹²⁰ Se gjennomgang av sakens faktiske side i kapittel 3.2.3.

¹²¹ Se Generaladvokat Kokott, *Nomarchiaki*, avsnitt 85.

¹²² Se *Nomarchiaki*, avsnitt 68.

¹²³ Se Generaladvokat Kokott, *Nomarchiaki*, avsnitt 86.

helse.¹²⁴ Vann til jordbruk og elektrisitetsproduksjon er på den andre siden ikke like fundamentale samfunnsinteresser – og grenser til økonomiske interesser.¹²⁵

Videre følger det av TEU artikkel 6 at Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)¹²⁶ skal utgjøre generelle prinsipper i EU-retten. I tråd med homogenitetsprinsippet må tilsvarende gjelde i EØS-retten. EMD har tolket retten til privatliv i EMK artikkel 8 til å omfatte en rett til tilstrekkelig tilgang til drikkevann.¹²⁷ At det er tale om et tiltak som er egnet til å etterleve statlige og EU-rettslige forpliktelser etter EMK, indikerer at tiltaket lettere vil være begrunnet i en «overriding public interest». Likevel må drikkevannforsyningstiltaket vurderes konkret, og om et slikt tiltak oppfyller vilkåret må ses i lys av det konkrete behovet tiltaket har til hensikt å dekke.

Traktatbruddssaken *Schwarze Sulm* kan også gi føringer for hva slags tiltak som kan være begrunnet i en «overriding public interest». Saken gjaldt etablering av et vannkraftanlegg ved elven Schwarze Sulm i den østerrikske regionen Steiermark. Etableringen kunne medføre en forringelse av elvens miljøtilstand, og var betinget av at unntaksvilkårene i vanddirektivet var oppfylt. Sakens kjerne var hvorvidt etableringen av vannkraftverket kunne utgjøre en «overriding public interest».

EU-domstolen uttalte at etableringen av vannkraftverk, begrunnet i tilgang til fornybare energikilder, kan utgjøre en «overriding public interest».¹²⁸ Tiltak som fremmer fornybare energikilder, bidrar til det grønne skiftet og fremmer bærekraftig utvikling. Et vannkraftverk vil i en viss utstrekning avbøte inngrepet i vannforekomstens miljøtilstand ved å redusere bruken av ikke-fornybare energikilder.

I den senere tid har det skjedd en utvikling når det gjelder etablering av fornybare energikilder og «overriding public interest». EU-kommisjonen publiserte i mai 2022 REPowerEU,¹²⁹ hvor EU-kommisjonen fremhevet behovet for å endre energipolitikken i EU som følge av Russlands invasjon av Ukraina og påvirkningen invasjonen hadde på energiforsyningen i Europa.¹³⁰ For å sikre EUs selvforsynings sikkerhet av energi ble det vedtatt en forordning om akselerasjon av utbygging av fornybare energikilder, som trådte i kraft ved utgangen av 2022.¹³¹ Forordningen

¹²⁴ Vanddirektivets forale punkt 15.

¹²⁵ Se Generaladvokat Kokott, *Nomarchiaki*, avsnitt 86.

¹²⁶ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

¹²⁷ Se *Otgon mot Moldova*.

¹²⁸ Se *Schwarze Sulm*, avsnitt 69.

¹²⁹ COM (2022) 230 final.

¹³⁰ Se COM (2022) 230 final s. 1.

¹³¹ Council Regulation 2022/2577/EU laying down a framework to accelerate the deployment of renewable energy.

har gyldighet i 18 måneder,¹³² og skal effektivisere konsesjonssøknadsprosessen og etableringen av fornybare energikilder innenfor et «dedicated renewable or grid area» – også kalt «go to»-områder.¹³³

Av forordningens artikkel 3 følger det at etablering av fornybare energikilder innenfor go-to områder «shall be presumed» å utgjøre en «overriding public interest» etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7. Forordningen oppstiller altså en presumsjon for at slike tiltak innenfor de angitte områdene utgjør en «overriding public interest». Sammenlignet med avgjørelsen i *Schwarze Sulm* fremstår dette som en rettsendring. En presumsjon for at vilkåret er oppfylt er sterkere enn at et konkret tiltak *kan* oppfylle vilkåret. Dersom et tiltak faller utenfor «go-to»-områdene, må man likevel falle tilbake på utgangspunktet etter *Schwarze Sulm*-avgjørelsen.

Selv om forordningen ikke er inntatt i EØS-avtalen, kan det likevel stilles spørsmål om *hvorfor* presumsjonen i forordningen oppstilles.

For det første innebar Ukraina-krigen at tilgang til russiske energikilder ble strupet. Konsekvensen av dette var blant annet at økonomien i EU ble truet.¹³⁴ For det andre innså EU at EUs energimarked var innordnet på en uheldig måte, da EU i for stor utstrekning var avhengig av energitilførsel fra tredjeland, som for eksempel Russland.¹³⁵ Forordningen har derfor til formål å sikre selvforsynings sikkerheten av energi i EU ved å akselerere utbyggingen av fornybare energianlegg. For det tredje vil en akselerert utbygging av fornybare energikilder imøtegå klimautfordringer og fremme det grønne skiftet.¹³⁶

Fellesnevneren for formålene i forordningen og presumsjonen som oppstilles, er at disse skal møte et *reelt samfunnsbehov*. For at «overriding public interest» skal være oppfylt må det foreligge et konkret samfunnsbehov. Presumsjonen i forordningen oppstilles som følge av at helt fundamentale interesser i EU-samarbeidet trues. I så henseende kan skillet mellom ordinære og kvalifiserte samfunnsinteresser trekkes inn. Dersom det ikke foreligger et samfunnsbehov, vil tiltaket kun være begrunnet i en ordinær samfunnsinteresse. Av dette kan det sluttes at desto større samfunnsbehovet er, jo lettere vil tiltaket kunne utgjøre en «overriding public interest». Samtidig må samfunnsinteressen tiltaket er begrunnet i, være vesentlig for

¹³² Forordningens artikkel 10.

¹³³ Forordningens fortale punkt 5 og 6.

¹³⁴ Forordningens fortale punkt 1.

¹³⁵ Forordningens fortale punkt 1 og 2.

¹³⁶ Forordningens fortale punkt 8.

samfunnet. Dersom det ikke er et samfunnsbehov som tilsier at tiltaket gjennomføres, vil ikke tiltaket være begrunnet i en «overriding public interest».

At vilkåret krever en eller annen form for samfunnsbehov, kan illustreres med følgende eksempel. I en tid med klimaendringer kan det oppstå behov for å beskytte samfunnet mot ekstremvær.¹³⁷ Ekstremværet «Hans», som rammet områder i Sør-Norge sensommeren 2023, er et eksempel på dette. Det er sannsynlig at ekstremvær vil inntreffe i de samme områdene i fremtiden. Det vil derfor være behov for å sikre hus, bygninger og infrastruktur mot flom, overvann, ras m.v.¹³⁸ Det kan derfor være nødvendig å gjennomføre tiltak i vannforekomster som innebærer et inngrep i miljøtilstanden. Ettersom samfunnet kan ha behov for å sikre utsatte områder mot fremtidens ekstremvær, vil beskyttelsestiltak lettere kunne anses å ivareta en «overriding public interest». Motsatt vil et beskyttelsestiltak antakelig ikke være begrunnet i en «overriding public interest» dersom området som skal sikres ikke er utsatt for ekstremvær.

Eksemplene nevnt i dette kapitlet synes å ligge i kjernen av samfunnsinteresser som kan utgjøre en «overriding public interest». Tiltak iverksatt for å sikre disse fundamentale interessene og har til hensikt å møte et reelt samfunnsbehov, vil også være omfattet av begrepet «samfunnsnytt» i vannforskriften § 12 annet ledd.

Spørsmålet videre er når tiltak som fremmer mindre fundamentale samfunnsinteresser kan sies å være begrunnet i en «overriding public interest». Drøftelsens fokus er betydningen av samfunnsøkonomiske interesser, som økt sysselsetting og hensynet til lokal- og nasjonaløkonomi. Spørsmålet er interessant da det etter den vide formuleringen «samfunnsnytt» i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b synes å være en ubetinget rett til å vektlegge samfunnsøkonomiske interesser i interesseavveiningen. Dersom forskriften har blitt praktisert slik at adgang til å vektlegge samfunnsøkonomiske interesser er større enn det vanndirektivet åpner for, vil dette utgjøre en feilpraktisering av regelverket og Norges EØS-rettslige forpliktelsen.

3.3.3 Betydningen av tiltak som er begrunnet i en samfunnsøkonomisk interesse

Spørsmålet om tiltak begrunnet i samfunnsøkonomiske interesser kan utgjøre en «overriding public interest» illustrerer et mulig spenningsforhold mellom nasjonal styringsrett og prioriteringer på den ene siden, og EUs krav til medlemsstatenes forvaltning av naturressurser på den andre. Medlemsstatene vil ønske å prioritere nasjonale interesser, som arbeidsplasser og

¹³⁷ Se de Sadeleer og Martens (2023) s. 174.

¹³⁸ Se <https://www.tv2.no/nyheter/innenriks/roper-varsku-for-over-600000-hus/15943209/>.

nasjonaløkonomi, mens EU ønsker å gjennomføre målsetningen i direktivet om å bevare miljø og natur.

Det har i utgangspunktet formodning mot seg at samfunnsøkonomiske interesser, som for eksempel arbeidsplasser og økte statlige inntekter, er av betydning etter direktivbestemmelsen. Forutsetning for at et tiltak genererer arbeidsplasser og statlige inntekter er at tiltaket går med økonomisk overskudd. Som fremhevet i kapittel 3.3.1 avgrensers ordlyden «overriding public interest» mot bedriftsøkonomiske hensyn.

Et eksempel som illustrere dette godt er en gruvevirksomhet som vil kunne forringe en vannforekomsts miljøtilstand. I vurderingen av om gruvevirksomheten er begrunnet i en «overriding public interest» vil ikke operatørens mulighet til å gå med økonomisk overskudd være av betydning. Ettersom forutsetningen for arbeidsplasser, økte skatteinntekter og bedret nasjonaløkonomi er at den aktuelle bedriften driver med økonomisk overskudd, vil det kunne fremstå som en ren omgåelse dersom man kunne begrunnet tiltaket i virkningen av bedriftsøkonomiske hensyn.

I læren om tvingende allmenne hensyn i handelsretten kan inngrep i retten til fri flyt av varer begrunnes i for eksempel miljøhensyn, forbrukervern og kriminalitetsbekjempelse.¹³⁹ Rene økonomiske interesser kan derimot ikke begrunne et inngrep.¹⁴⁰ Hensynet til statens inntekter og utgifter utgjør derfor ikke en rettferdighetsgrunn. At medlemsstatenes egne økonomiske interesser ikke kan begrunne et unntak på handelsrettens område, er naturlig da adgangen til å sette egne økonomiske interesser foran EU-fellesskapets interesser vil gå utover målsetningen om et felles indre marked. Dersom tilsvarende løsning legges til grunn etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7, vil et inngrep i en vannforekomsts miljøtilstand aldri kunne rettferdiggjøres ved å begrunne tiltaket i samfunnsøkonomiske interesser.

Til forskjell fra handelsretten, regulerer vanndirektivet miljø. Et unntak begrunnet i samfunnsøkonomiske hensyn har ikke samme innvirkning på det indre markedet. Dette tilsier at adgangen til å vektlegge samfunnsøkonomiske interesser er større etter vanndirektivet.

Hverken domspremissene i *Schwarze Sulm* eller *Nomarchiaki* gir føringer for om samfunnsøkonomiske interesser er av betydning i vurderingen av «overriding public interest». I mangel på rettspraksis vedrørende vanndirektivet, kan det søkes veiledning i habitatdirektivet

¹³⁹ Se nærmere omtale i kapittel 3.2.2. Eksempler hentet fra Fredriksen og Mathisen (2018) s. 115–116, og Steinicke (2022) pkt. 4.3.3 med videre henvisninger.

¹⁴⁰ Se C-220/12 *Thiele Menses*, avsnitt 43 med videre henvisninger.

og rettspraksis tilknyttet habitatdirektivet.¹⁴¹ Jeg vil derfor behandle hvordan tilsvarende vilkår i habitatdirektivet har blitt forstått i rettspraksis og juridisk teori i relasjon til samfunnsøkonomiske interessers plass i vurderingen.

3.3.4 Samfunnsøkonomiske interessers plass etter habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4

Som nevnt i kapittel 1.2 er habitatdirektivet, i likhet med vanndirektivet et miljødirektiv. Habitatdirektivet regulerer vern av truede arter og det biologiske mangfoldet. Verneområder får status som Natura 2000-områder. Et tiltak som innebærer et inngrep i et slikt område er blant annet betinget av at tiltaket er begrunnet i «imperative reasons of overriding public interest, including those of a social or economic nature».

Ordlyden skiller mellom «overriding public interest» og andre interesser av «social or economic nature». Passusen «including those of a social or economic nature» ble inntatt som følge av at man skulle unngå et like strengt vilkår som ble introdusert i *Leybucht*, hvor kun «public health and safety issues» kunne begrunne unntak.¹⁴² Vilkårets oppbygning, samt hvordan vilkåret tidligere har blitt forstått, indikerer at samfunnsøkonomiske interesser ikke uten videre kan sidestilles med «overriding public interest».

EU-domstolen hadde anledning til å ta stilling til adgangen til å begrunne unntak i samfunnsøkonomiske interesser i avgjørelsen *Lappel Bank*.¹⁴³ EU-domstolen gjorde imidlertid ikke dette, men viser likevel at samfunnsøkonomiske interesser må tolkes strengt.¹⁴⁴

En streng tolkning av samfunnsøkonomiske interesser underbygges både av habitatdirektivets og vanndirektivets formål. Direktivene har til formål å bevare og gjenopprette naturlige habitater og vannmiljøet. Dersom samfunnsøkonomiske interesser tillegges for stor betydning, vil dette kunne undergrave direktivenes formål. Som omtalt i kapittel 3.3.1 og 3.3.3 er det ikke adgang til å begrunne unntak i bedriftsøkonomiske hensyn. Ethvert kommersielt tiltak vil kunne generere inntekter, og derigjennom bidra til samfunnet ved økte inntekter og arbeidsplasser. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at en for vid adgang til å vektlegge samfunnsøkonomiske interesser medfører at også bedriftsøkonomiske hensyn indirekte trekkes inn i vurderingen. En slik tolkning vil legge ordlyden på strekk, all den tid det kun er «public interest» det er aktuelt å ta i betraktning.

¹⁴¹ Se CIS Guidance Document No 36 s. 59, og CIS Guidance Document No 20 s. 27.

¹⁴² Se de Sadeleer (2005) s. 248 med videre henvisninger til *Leybucht*, avsnitt 22–24.

¹⁴³ C-44/95 *Lappel Bank*.

¹⁴⁴ *Lappel Bank*, avsnitt 41, og de Sadeleer (2005) s. 249.

På bakgrunn av ordlyden og formålsbetraktninger kan det utledes noen generelle føringer. For det første kan det sluttet av ordlyden i habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4 at samfunnsøkonomiske interesser ikke ligger i kjernen av «overriding public interest». For det andre skal samfunnsøkonomiske interesser i tråd med avgjørelsen i *Lapell Bank* tolkes strengt, og samfunnsøkonomiske interessers betydning må dempes i lys av miljødirektivenes formål. Dette innebærer imidlertid ikke at samfunnsøkonomiske interesser er uten betydning i alle saker.

I *Solvay*¹⁴⁵ stilte den belgiske stat spørsmål om blant annet etableringen av infrastruktur tilknyttet et konferansesenter kunne utgjøre en «overriding public interest».¹⁴⁶ EU-domstolen tok utgangspunkt i at unntaksbestemmelser skal tolkes strengt,¹⁴⁷ og at slike tilfeller innfrir vilkåret kun i ekstraordinære tilfeller.¹⁴⁸ Tiltaket var i utgangspunktet av privat karakter, men EU-domstolen uttalte at:

«It cannot be ruled out that that is the case where a project, although of a private character, in fact by its very nature and by its economic and social context presents an overriding public interest [...]»¹⁴⁹ (understreket her)

Selv om tiltaket i utgangspunktet var av en privat karakter, uttalte EU-domstolen at tiltaket kunne utgjøre en «overriding public interest» i lys av tiltakets økonomiske og sosiale kontekst. EU-domstolen kom likevel til at infrastrukturtiltaket ikke utgjorde en «overriding public interest».¹⁵⁰ Selv om EU-domstolen ikke utdyper hva som ligger i et tiltaks *økonomiske og sosiale kontekst*, kan det utledes noen overordnede retningslinjer.

I veiledningsdokumentene til både habitatdirektivet og vanndirektivet fremgår det at tiltak «of a economic or social nature, fulfilling specific obligations of public service» kan utgjøre en «overriding public interest».¹⁵¹ Sett i sammenheng med uttalelsen i *Solvay*, er en mulig slutning at EU-domstolen med økonomisk og sosial kontekst viser til tiltak som bidrar til å oppfylle statens offentlige forpliktelser. En slik slutning innebærer at det må differensieres mellom tiltak som generelt skaper arbeidsplasser eller bedrer lokaløkonomien, og tiltak som i en større sammenheng skal imøtegå et samfunnsbehov knyttet til statens egne forpliktelser.

¹⁴⁵ C-182/10 *Solvay*.

¹⁴⁶ *Solvay*, avsnitt 71.

¹⁴⁷ *Solvay*, avsnitt 72.

¹⁴⁸ *Solvay*, avsnitt 76.

¹⁴⁹ *Solvay*, avsnitt 77.

¹⁵⁰ *Solvay*, avsnitt 78.

¹⁵¹ Til habitatdirektivet; Commission Notice 2021/C 437/01 pkt. 3.3.2. Til vanndirektivet; CIS Guidance Document No 36 s. 60.

Uttalelser i juridisk teori underbygger dette, og det har blitt argumentert for at samfunnsøkonomiske interesser ikke er tilstrekkelig i seg selv, men at disse må ses i en større sammenheng:

«This means that the enlargement of a harbour or the construction of a road network cannot be authorized for the simple reason that it satisfies particular economic requirements (for example, job creation or local economic development), but rather because it is intended to satisfy an overriding public interest (for example, the opening up of a particularly isolated region, the necessity of substantially raising the standard of living of the local population)»¹⁵²

Sitatet viser at de samfunnsøkonomiske interessene et tiltak fremmer, isolert ikke kan utgjøre en «overriding public interest».¹⁵³ Dette gir også god mening, for som påpekt i kapittel 3.3.1 kan alle tiltak begrunnes i en viss samfunnsinteresse som arbeidsplasser eller skatteinntekter. For at slike interesser skal oppfylle kravet, må formålet med tiltaket og samfunnsinteressen tiltaket er begrunnet i ses i en større sammenheng. Når man leser uttalelsen i *Solvay* i sammenheng med synspunkter i juridisk teori, synes det avgjørende å være hvorvidt det foreligger et samfunnsbehov, og om samfunnsinteressen i tiltaket må være egnet til å møte dette behovet.

Videre er det argumentert for at tiltak som skal bidra til å bekjempe arbeidsledighet kan utgjøre en «overriding public interest».¹⁵⁴ Forutsetningen er imidlertid at man befinner seg i «[i]n times of high unemployment, where the creation of every single new job seems to be of public interest».¹⁵⁵ Ser man uttalelsen i *Solvay* og den siterte passasjen fra juridisk teori – som har gode grunner for seg – i sammenheng, synes det klart at det ikke er den samfunnsøkonomiske interessen i tiltaket alene som er avgjørende. Tiltaket må ses i en større sammenheng, hvor det er *behovet* for økt sysselsetting, oppbygning av en isolert region eller bedre levestandard som er avgjørende. Foreligger det ikke et slikt behov, vil tiltaket kun være begrunnet i en ordinær samfunnsinteresse og ikke i en «overriding public interest».

Hvorvidt arbeidsledigheten er tilstrekkelig høy til å begrunne inngrep, reiser vanskelige spørsmål. I alle medlemsstater vil det være enkelte regioner som har høyere arbeidsledighet enn andre. Selv om arbeidsledigheten i en region er lav sammenlignet med andre regioner i andre

¹⁵² Se de Sadeleer (2005) s. 249.

¹⁵³ I samme retning, Unnerstall (2005), s. 17.

¹⁵⁴ Se Unnerstall (2005) s. 19, og Chmielwski (2011) s. 50.

¹⁵⁵ *Ibid.*

medlemsstater, kan arbeidsledigheten være høy i nasjonal målestokk. Besvarelsen av spørsmålet kan ses i lys av den underliggende begrunnelsen for hvorfor tilfellene gjennomgått i kapittel 3.3.2 ligger i kjernen av hva som kan utgjøre en «overriding public interest».

Begrunnelsen for hvorfor det oppstilles en presumsjon for etablering av fornybare energikilder innenfor go-to områder er illustrerende i så henseende. Presumsjonen i forordningens artikkel 3 er oppstilt som følge av at det foreligger et behov om å øke energiselforsyningsikkerheten i EU og økt uavhengighet fra tredjestater. Sammenlignet med *Schwarze Sulm*, hvor EU-domstolen la til grunn at etablering av fornybare energikilder *kan* oppfylle kravet, viser vedtakelsen av forordningen at *hvilke* tiltak som *kan* utgjøre en «overriding public interest» er betinget av samfunnsbehovet.

Overført til problemstillingen i dette kapittelet kan det argumenteres for at adgangen til å begrunne et tiltak i sysselsettingshensyn eller andre samfunnsøkonomiske hensyn er behovsavhengig. Et tiltak kan kun være begrunnet i økt sysselsetting der det er et klart behov for – i samfunnets interesse – å forbedre den økonomiske situasjonen og livssituasjonen i en region. Det er her skillet mellom ordinære og kvalifiserte eller overordnede samfunnsinteresser kommer inn. Det sentrale er samfunnets behov for tiltaket og tiltakets begrunnelse i dette behovet – samfunnets interesser i snever forstand – som er av betydning. Dersom det ikke foreligger et samfunnsbehov eller behovet er minimalt, vil ikke unntaksvilkåret være oppfylt. Tiltaket vil da være begrunnet i en ordinær samfunnsinteresse. Motsatt, dersom disse premissene foreligger, kan konkrete tiltak utgjøre en «overriding public interest».

EU-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Spania*¹⁵⁶ er illustrerende. Sakens kjerne var om det var foretatt en tilstrekkelig konsekvensutredning, men EU-domstolen gav likevel noen uttalelser om vurdering av «overriding public interest» i habitatdirektivet artikkel 6 nr. 4. Den spanske stat anførte blant annet at gruveprosjektet hadde stor betydning for den lokale økonomien.¹⁵⁷ EU-domstolen behandlet ikke anførselen inngående, men uttalte at i visse situasjoner er lokaløkonomiske hensyn «capable of constituting an imperative reason of overriding public interest».¹⁵⁸ Selv om EU-domstolen ikke begrunnet hvorfor lokaløkonomiske betraktninger kunne utgjøre en «overriding public interest» kan det – i lys av det overnevnte – slutes at dersom det var et behov for å bedre lokaløkonomien eller bevare en hjørnesteinsbedrift i området, ville det kunne oppfylle vilkåret.

¹⁵⁶ C-404/09 *Kommisjonen mot Spania*.

¹⁵⁷ *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 109.

¹⁵⁸ *Ibid.*

I samme retning trekker EU-kommisjonens uttalelse i *Mühlenberger Loch*.¹⁵⁹ Saken gjaldt utvidelse av et produksjonsanlegg til bygging av Airbus-passasjerfly. EU-kommisjonen godkjente tiltaket, og begrunnet godkjennelsen i at tiltaket var av ekstraordinær stor viktighet for Hamburgregionen og Nord-Tyskland. Tiltaket ville genere et høyt antall arbeidsplasser i en region hvor det hadde vært et betydelig tap av arbeidsplasser. Samtidig ville tiltaket bidra til å styrke EUs konkurransevne og samarbeid innenfor luftfartsindustrien. Det avgjørende var altså ikke at tiltaket isolert sett skapte arbeidsplasser eller bidro til lokaløkonomien, men at tiltaket var egnet til å imøtekomme et presserende behov regionalt, nasjonalt og transeuropeisk. EU-kommisjonssaken underbygger den siterte uttalelsen i teorien over.

Oppsummert kan det på bakgrunn av den overnevnte drøftelsen legges til grunn at samfunnsøkonomiske interesser, som arbeidsplasser, skatteinntekter og lokaløkonomiske hensyn, i seg selv ikke kan utgjøre en «overriding public interest». Slike interesser er kun av betydning og kan innfri vilkåret ved et legitimt samfunnsbehov. Interessene vil for eksempel kunne være av betydning ved tiltak som har til formål å bedre levestandarden i en region som henger bak resten av nasjonen, eller bekjempe høy arbeidsledighet. Slike betraktninger utgjør forskjellen mellom samfunnsinteresser som er *ordinære* og *kvalifiserte*.

3.4 Oppsummering av det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c

Oppsummert viser drøftelsen av «overriding public interest» i kapittel 3 at tiltaket må begrunnes i samfunnets interesse og avgrenses mot private interesser i tiltaket. Samtidig oppstiller unntaksvilkåret et skille mellom *ordinære* og *kvalifiserte* samfunnsinteresser. Drøftelsen viser at det i kvalifiserte samfunnsinteresser ligger et krav om at samfunnsinteressen tiltaket er begrunnet i må være egnet til å møte et samfunnsbehov. Foreligger det ikke et behov i samfunnet for det aktuelle tiltaket, vil ikke tiltaket være begrunnet i en «overriding public interest».

Til forskjell fra læren om tvingende allmenne hensyn i handelsretten, hvor rene økonomiske interesser som statens egne inntekter ikke er av betydning, viser den overstående drøftelsen at samfunnsøkonomiske interesser etter vanndirektivet og habitatdirektivet at slike interesser synes å være relevante. Selv om det er adgang til å begrunne unntak i samfunnsøkonomiske interesser etter «overriding public interest», må disse ses i en større sammenheng. Drøftelsen

¹⁵⁹ Krämer (2009) s. 69 med videre henvisninger til C(2000) 1079, *Mühlenberger Loch*.

over viser at det er ikke samfunnsøkonomien i seg selv som er avgjørende, men samfunnsbehovet for tiltaket som er begrunnet i samfunnsøkonomiske interesser.

4. ER VANNFORSKRIFTEN § 12 ANNET LEDD BOKSTAV B DEKKENDE FOR «OVERRIDING PUBLIC INTEREST»?

4.1 Innledende premisser og problemstilling for videre drøftelse

I kapittel 4 vurderer jeg om vannforskriften gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. Med dekkende mener jeg at bestemmelsens innhold fanger opp innholdet i vanndirektivet på en slik måte at feilpraktisering unngås. I forlengelsen vil jeg undersøke om praktiseringen av bestemmelsen er i samsvar med EØS-rettens føringer. Vurderingen tar utgangspunkt i retningslinjene som er lagt til grunn i kapittel 3 ovenfor.

Som påpekt i kapittel 3.1 er forskriftsbestemmelsen og direktivbestemmelsens ordlyd og oppbygning ulik. Opphavet til ulikheten kan skyldes det som nok best kan betegnes som en *rekkefølgefeil* ved gjennomføringen av vanndirektivet i Norge. Med *rekkefølgefeil* menes at Norge forskutterte gjennomføringen av vanndirektivet, og vedtok vannforskriften før vanndirektivet ble en del av EØS-avtalen. Selv om ordlyden i direktivbestemmelsen er ulik forskriftsbestemmelsens, ble det ikke foretatt endringer i forskriftsbestemmelsen for å bringe denne nærmer ordlyden i vanndirektivet. Likevel ble det bestemt at innholdet i vannforskriften var i henhold til direktivets krav.¹⁶⁰ Forutsatt at vannforskriften ikke er dekkende for innholdet i «overriding public interest», reiser også dette spørsmål om gjennomføringen av unntaksvilkåret i direktivbestemmelsen innfrir kravet til klarhet i det EØS-rettslige klarhetskravet.¹⁶¹

Ulikheten i reguleringenes ordlyd reiser også spørsmål om vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b skal tolkes i samsvar med vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.¹⁶² Hvorvidt vannforskriften skal tolkes i samsvar med direktivet, slik at vilkåret «overriding public interest» skal innfortolkes i vannforskriften, beror blant annet på rekkevidden av presumsjonsprinsippet og plikten til EØS-konform fortolkning.

Dersom tolkningsprinsippene ikke rekker så langt at forskriftsbestemmelsen skal tolkes i samsvar med direktivbestemmelsen, må den nasjonale regelen tolkes uavhengig av den

¹⁶⁰ Se St.prp. nr. 75 (2007–2008) s. 8.

¹⁶¹ Se kapittel 4.3.2.

¹⁶² Se Backer (2012) s. 293.

folkerettslige forpliktelsen.¹⁶³ Staten vil i slike tilfeller kunne ha en erstatningsplikt for mangelfull gjennomføring av EØS-direktivet.¹⁶⁴

I det følgende vil jeg kort vurdere om presumsjonsprinsippet og plikten til EØS-konform fortolkning innebærer at vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b skal tolkes i samsvar med direktivbestemmelsen.

Siden det norske rettssystemet bygger på et dualistisk prinsipp, må folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-rett, gjennomføres før den får virkning i nasjonal rett.¹⁶⁵ EØS-avtalen hjemler heller ikke et prinsipp tilsvarende det EU-rettslige prinsippet om direktivets direkte virkning i EU-landene.¹⁶⁶ Likevel kan et brudd på et ikke-gjennomført direktiv medføre at forvaltningsvedtak kjennes ugyldig.¹⁶⁷

Konsekvensen av at EØS-rettsakter må gjennomføres for å få virkning i nasjonal rett, er at det fra tid til annen oppstår uoverensstemmelse mellom EØS-retten og ordlyden i gjennomføringsbestemmelsen.¹⁶⁸ For å forhindre materiell ulikhet mellom en folkerettslig forpliktelse og norsk rett, er det utviklet noen tolkningsprinsipper. Et eksempel er presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk rett så vidt mulig skal tolkes i samsvar med folkerettslige prinsipper, herunder EØS-retten.¹⁶⁹ Et annet eksempel er EØS-rettens krav til EØS-konform fortolkning av nasjonal rett. Prinsippet om EØS-konform fortolkning er forankret i lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3, og innebærer at nasjonale domstoler skal strekke seg «as far as possible» for å nå en tolkning i samsvar med EØS-retten.¹⁷⁰

Selv om begge tolkningsprinsippene stiller krav til domstolens tolkning og håndhevelse av EØS-retten i nasjonal rett, er det i juridisk teori uenighet om prinsippenes rekkevidde og krav til å tolke i tråd med den EØS-rettslige forpliktelsen er ulik.¹⁷¹ Den rådende oppfatningen synes å være at prinsippene langt på vei er lik, og tolkningsresultatet vil stort sett bli det samme. Ettersom prinsippene langt vil gi samme tolkningsresultat, er det etter mitt skjønn tilstrekkelig

¹⁶³ Se HR-2016-296-A, avsnitt 44.

¹⁶⁴ Se E-9/97 *Sveinbjörndóttir*. For nærmere omtale av statens erstatningsansvar, se Rt-2005-1365 *Finanger II* og Fredriksen og Mathisen s. 424 flg.

¹⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 3, Arnesen og Stenvik (2015) s. 52, Fredriksen og Mathisen (2018) s. 358, og Arnesen mfl. (2022) s. 649.

¹⁶⁶ Se E-1/07 *Straffesak mot A*, avsnitt 43.

¹⁶⁷ Se Rt-1982-241 *Alta*, på s. 257–258, og Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 4.

¹⁶⁸ Forutsetningsvis Arnesen og Stenvik (2015) s. 52.

¹⁶⁹ Se Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 3, og Rt-2000-1811 *Finanger I*, på s. 1826.

¹⁷⁰ Se sak E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 39.

¹⁷¹ Se Franklin (2012) som tar til orde for en ulik rekkevidde. Motsatt; Fredriksen og Mathisen (2018) s. 387, Runde (2022) s. 104-105, og Arnesen mfl. (2022) s. 651 uttaler at rekkevidden langt på vei er den samme, men at EØS-konform fortolkning i noen tilfeller kan rekke lenger enn presumsjonsprinsippet

for avhandlingens formål kun å foreta en vurdering etter presumsjonsprinsippet. Det avgrenses derfor mot en nærmere behandling av forholdet mellom tolkningsprinsippene.¹⁷²

Presumsjonsprinsippet rekkevidde er relativ.¹⁷³ I tilfeller lovgiver har hatt til intensjon om å gjennomføre den folkerettslige forpliktelsen, vil presumsjonsprinsippet ha betydelig gjennomslag.¹⁷⁴

I foreliggende tilfelle har Norge hatt til hensikt å gjennomføre direktivet, selv om gjennomføringen skjedde i feil rekkefølge. Vannforskriften ble vedtatt i 2006 og trådte i kraft i 2007. Flere steder i vedtakelsesprosessen av vannforskriften har det blitt uttalt at vanndirektivet skal vurderes gjennomført i norsk rett.¹⁷⁵ Vanndirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen i 2007, og Stortinget samtykket til EØS-komiteens beslutning i 2008.¹⁷⁶ I stortingsmeldingen ble det kommentert at vannforskriften gjenspeilet kravene i vanndirektivet, og hadde til hensikt å gjennomføre denne.¹⁷⁷ Selv om uttalelsen må regnes som et etterarbeid, underbygger den at vannforskriften er ment å gjenspeile kravene i vanndirektivet. Det er derfor nærliggende å legge til grunn at lovgiver har ment å gjennomføre kravene i vanndirektivet.

Dertil kan vurderinger etter vannforskriften § 12 føre til tvister mellom offentlig myndighet og private parter. Utgangspunktet i slike tilfeller er at presumsjonsprinsippet får gjennomslag, med mindre Stortinget har gitt uttrykk for noe annet.¹⁷⁸

Selv om det er visse ulikheter i ordlyden, må det etter mitt skjønn legges avgjørende vekt på at lovgiver har hatt intensjon om å gjennomføre vanndirektivets krav. Vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b skal tolkes i samsvar med vanndirektivet. En slik løsningen er også i tråd med lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 og homogenitetsprinsippet.

Det formelle grunnlaget for riktig praksis og håndhevelse av de EØS-rettslige kravene i vanndirektivet er på plass. Presumsjonsprinsippet (og EØS-konform fortolkning) innebærer at vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b skal tolkes i samsvar med vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, slik at «overriding public interest» skal innfortolkes i forskriftsbestemmelsen. Selv om det gjelder et presumsjonsprinsipp, og et prinsipp om EØS-konform fortolkning, er det

¹⁷² For en grundig behandling av forholdet mellom tolkningsprinsippene, se Franklin (2012) og Runde (2022).

¹⁷³ Se *Finanger I* på s. 1829-1832. Tilsvarende har blitt lagt til grunn i bl.a. Rt-2007-234 *Kongsberg/Nes*, avsnitt 54-55, HR-2020-2427-P *Klimasøksmålet*, avsnitt 287, og HR-2021-822-A, avsnitt 119.

¹⁷⁴ Se *Finanger I*, på s. 1831-1832, og Arnesen mfl. (2022) s. 655.

¹⁷⁵ Se bl.a. St.meld. nr. 12 (2001–2002), jf. Innst.S. nr. 161 (2002-2003) s. 7, og St.meld. nr. 21 (2004–2005) s. 35, jf. Innst.S. nr. 228 (2004–2005).

¹⁷⁶ Se St.prp. nr. 75 (2007–2008).

¹⁷⁷ Se St.prp. nr. 75 (2007-2008) kap. 6.

¹⁷⁸ Se bl.a. Arnesen mfl. (2022) s. 655.

rettsanvendere som hverken er kjent med prinsippene eller vanndirektivet. Ordlyden i de ulike reguleringen kan være så forskjellig at innholdet i «overriding public interest» vanskelig fanges opp ved hjelp av tolkningsprinsippene, og at regelverket blir praktisert uten at de EØS-rettslige kravene blir hensyntatt.¹⁷⁹

I det følgende vil jeg foreta en sammenligning av reguleringene, og vurdere om vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest». Forutsatt at vannforskriften ikke er dekkende for vilkåret i vanndirektivet, er spørsmålet hva slags rettslige konsekvenser dette har og om dette har påvirket praktiseringen av vannforskriftsbestemmelsen.

4.2 Sammenligning av reguleringene – «samfunnsnytt» er ikke dekkende for «overriding public interest»

Spørsmålet er om ordlyden «samfunnsnytt» i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er dekkende for EØS-retten og «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. Selv om presumsjonsprinsippet får gjennomslag, og forskriftsbestemmelsen skal tolkes i samsvar med direktivbestemmelsen, kan den språklige forskjellen i reguleringen medføre at vannforskriften ikke er dekkende for «overriding public interest». Dersom vannforskriften ikke er dekkende for EØS-retten, kan dette ha hatt rettslige konsekvenser ved at unntaksadgangen etter direktivet har blitt praktisert feil – eksempelvis ved at forvaltningen har praktisert unntaksadgangen for vidt. Forutsetningen for at vannforskriften gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest» er – i og med at direktivet er minimumsharmoniserende – at forskriften i like stor eller mindre grad åpner for unntak.

Som tidligere fremhevet gir vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b uttrykk for en åpen avveiningsvurdering av samfunnsnytt mot tap av miljøkvalitet i vannforekomsten. Unntaksvilkåret «overriding public interest» stiller derimot krav til samfunnsinteressens karakter, samt at inngrepet i vannforekomstens miljøtilstand må være proporsjonalt. Selv om også unntaksvilkåret i vanndirektivet til en viss grad innebærer en balansering av ulike interesser, stiller den likevel i større utstrekning krav til samfunnsinteressen et tiltak er begrunnet i. Vurderingstemaet i reguleringene er med andre ord forskjellig, noe som generelt sett indikerer at innholdet er ulikt.

¹⁷⁹ Se tilsvarende problemstilling på trygderettens område i NOU 2020: 9 s. 22.

At unntaksvilkåret «overriding public interest» stiller krav til karakteren av samfunnsinteressen et tiltak er begrunnet i,¹⁸⁰ innebærer at det må skilles mellom ordinære og kvalifiserte samfunnsinteresser. Formuleringen «samfunnsnytt» i vannforskriften oppstiller ikke tilsvarende skille. Prinsipielt sett kan alle relevante samfunnsnyttehensyn tas i betraktning etter forskriftsbestemmelsen. Dette poenget er løftet frem i juridisk teori, hvor det påpekes at vannforskriftens bestemmelse «er helt generell og uten noe vesentlighetskrav».¹⁸¹ Med «vesentlighetskrav» siktes det til krav til samfunnsinteressens karakter. Uttalelsen underbygger at forskriftsbestemmelsen åpner for at en videre gruppe av samfunnsinteresser kan tillegges betydning sammenlignet med direktivet.

Videre forutsetter unntaksvilkåret «overriding public interest» at den samfunnsinteressen tiltaket er begrunnet i må være egnet til å møte et reelt samfunnsbehov. Samfunnsbehovet kan for eksempel være behov for økt tilgang til drikkevann i en region eller økt selvforsyningsikkerhet av energi i EU.¹⁸² Samtidig er adgangen til å begrunne unntak utelukkende i samfunnsøkonomiske interesser begrenset.¹⁸³ Eksempelvis vil ikke flere arbeidsplasser og økte skatteinntekter i seg selv være tilstrekkelig til at unntaksvilkåret er oppfylt, men formål med tiltaket må ses i en større sammenheng. For at en slik samfunnsøkonomisk interesse skal kunne utgjøre en *kvalifisert* samfunnsinteresse, og ikke en ordinær samfunnsinteresse, må det for eksempel foreligge et behov for å vesentlig forbedre leveforholdene eller bekjempe arbeidsledighet.¹⁸⁴

En språklig forståelse av uttrykket «samfunnsnytt» oppstiller ikke et tilsvarende krav til samfunnsbehov. I «samfunnsnytt» ligger det at tiltaket på en eller annen måte må komme samfunnet til gode. Gjeldende veileder til vannforskriften § 12 gir uttrykk for at det i vurderingen vil «være relevant å vurdere hvilke samfunnsmessige behov virksomhetene dekker».¹⁸⁵ I veilederen tas det i en viss utstrekning høyde for at tiltaket må fremme samfunnets interesser. Likevel krever hverken ordlyden i forskriftsbestemmelsen eller veiledningsuttalelsen at det må foreligge et reelt behov. Etter vannforskriften synes det tilstrekkelig at tiltaket fremmer *ordinære* samfunnsinteresser, i motsetning til vanddirektivet som krever at tiltaket er begrunnet i en *kvalifisert* samfunnsinteresse.

¹⁸⁰ Se avhandlingens kapittel 3.3.

¹⁸¹ Se Backer (2012) s. 293.

¹⁸² Se gjennomgang i kapittel 3.3.2.

¹⁸³ Se gjennomgang i kapittel 3.3.3 flg.

¹⁸⁴ Se gjennomgang i kapittel 3.3.4.

¹⁸⁵ Se T-2015-9001 s. 7.

Konsekvensene av at ordinære samfunnsinteresser er av betydning etter vannforskriften, er at samfunnsøkonomiske interesser kan – uavhengig av behov – tillegges vekt. Ethvert tiltak som kan generere inntekter vil bidra til nye arbeidsplasser, økte skatteinntekter og andre positive ringvirkninger i samfunnet. Dette er ikke tilfellet etter «overriding public interest», hvor det kreves et behov i samfunnet for at tiltaket skal være begrunnet i en kvalifisert samfunnsinteresse. Eksempelet viser at forskriften er generell, mens kravet etter direktivet er mer spesifikt og strengere.¹⁸⁶

På denne bakgrunn kan det legges til grunn at vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b ikke gir et dekkende uttrykk for unntaksvilkåret «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. Det må legges avgjørende vekt på at vannforskriften ikke skiller mellom ordinære og kvalifiserte samfunnsinteresser, og at forskriftsbestemmelsen derfor har en videre unntaksadgang enn vanndirektivet. Det kan argumenteres for at utfallet etter de to ulike formuleringene, typisk i kjernetilfellene,¹⁸⁷ kan være likt. Jeg vil likevel mene at konsekvensen av at videre spekter av samfunnsinteresser er av betydning etter formuleringen «samfunnsnytt», som samfunnsøkonomiske interessers plass, er at utgangspunktet for vurdering blir forfeilet.

At vannforskriften ikke er dekkende for det EØS-rettslige innholdet i «overriding public interest» kan få rettslige konsekvenser i form av feilpraktisering av regelverket. Selv om det gjelder et presumsjonsprinsipp og prinsipp om EØS-konform fortolkning, er det problematisk at det EØS-rettslige vilkåret ikke kommer klart til uttrykk i lovteksten, forarbeidene eller veilederen til vannforskriften.

Problemet er at unntaksvilkåret «overriding public interest» er et EU-rettslig konsept utviklet av EU-domstolen.¹⁸⁸ Søk i lovdata viser at formuleringen i den norske oversettelsen av direktivet – «altoverveiende offentlig interesse» – hverken er benyttet i norske lover eller forskrifter. Heller ikke endringsforslaget til Klima- og miljødepartementet, «overordnede samfunnsinteresser», er benyttet tidligere. Unntaksvilkåret, og innholdet i denne, er en ukjent størrelse i norsk rett, noe som ikke er hensyntatt ved vedtakelse av vannforskriften og den senere innlemmelsen av vanndirektivet i EØS-avtalen.¹⁸⁹ Koblingen til det EU-rettslige særtrekket i vanndirektivet blir dermed fjernere, og vanskeligere å ta hensyn til ved bruk av

¹⁸⁶ I samme retning, Backer (2012) s. 293 og Schütz (2016) s. 457.

¹⁸⁷ Se kapittel 3.3.2.

¹⁸⁸ Se rettshistorisk kontekst i kapittel 3.2.2.

¹⁸⁹ Se tilsvarende problemstilling i NOU 2020: 9 s. 22.

tolkningsprinsipper. At vannforskriften oppstiller en videre avveiningsnorm, som forvaltningen er godt kjent med,¹⁹⁰ innebærer at utgangspunktet for vurderingen og praktiseringen *kan* bli forfeilet.

Jeg vil i det følgende vurdere om det forhold at vannforskriften ikke gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest» i vanndirektivet har konsekvenser for praktiseringen og håndhevelsen av forskriftsbestemmelsen. I tillegg vil jeg vurdere om gjennomføringen av forskriftsbestemmelsen slik ordlyden er i dag kan være i strid med det EØS-rettslige klarhetskravet.

4.3 Rettslige konsekvenser av at forskriften ikke er dekkende

4.3.1 Samspillet mellom sektorlovgivningen og vannforskriften – feilpraktisering som følge av at vannforskriften ikke er dekkende for «overriding public interest»

At ordlyden i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b ikke er dekkende for «overriding public interest» kan være problematisk. Selv om det gjelder et presumsjonsprinsipp, og forskriftsbestemmelsen i utgangspunktet skal tolkes i samsvar med direktivbestemmelsen, kan ulikheten i reguleringene, som tidligere nevnt, likevel medføre at praktiseringen av forskriften ikke er i henhold til de EØS-rettslige kravene i «overriding public interest». Spørsmålet er om det forhold at ordlyden i vannforskriften ikke er dekkende for «overriding public interest» har medført at praktiseringen av vannforskriften er feil. For å besvare spørsmålet vil jeg se på forholdet mellom sektorlovgivningen og vannforskriften, samt hvordan det ikke-dekkende innholdet har påvirket forvaltningsvedtak.

Vannforskriften ble gjennomført med hjemmel forurensningsloven,¹⁹¹ vannressursloven,¹⁹² naturmangfoldloven,¹⁹³ og plan- og bygningsloven.¹⁹⁴ Det er sektorlovgivningen som utgjør hjemmelen forvaltningsvedtak. Vannforskriften § 12 trekkes inn i beslutningsgrunnlaget ved enkeltvedtak som kan innebære et inngrep i vannforekomstens miljøtilstand. For avhandlingens problemstilling er det først og fremst relevant å se nærmere på forholdet mellom forurensningsloven § 11 og vannforskriften § 12.

¹⁹⁰ Se Eckhoff og Smith (2022) s. 401 flg.

¹⁹¹ Lov av 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensning og om avfall.

¹⁹² Lov av 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann.

¹⁹³ Lov av 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold.

¹⁹⁴ Lov av 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling.

Forholdet mellom forurensningsloven § 11 og vannforskriften § 12 kommer på spissen i tilfeller der det søkes om tillatelse til å drive forurensende virksomhet som kan påvirke vannmiljøet.

En rett til å gjennomføre inngrep i en vannforekomst er betinget av at det «etter søknad gi[s] tillatelse til virksomhet som kan medføre forurensning».¹⁹⁵ Etter forurensningsloven § 11 femte ledd skal det i vurderingen av hvorvidt forurensningstillatelse skal gis «legges vekt på de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre». Ordlyden gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering. Sett i sammenheng med «kan» i bestemmelsens første ledd har forurensningsmyndighetene en viss diskresjonær kompetanse.¹⁹⁶ I likhet med vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b legger forurensningsloven § 11 femte ledd opp til en kost-nytte-vurdering, hvor fordelene ved tiltaket må være større enn ulempene.¹⁹⁷ I vurderingen skal forurensningshensyn tillegges stor vekt, men også andre faktorer, som økonomi og sysselsetting, er av betydning.¹⁹⁸

Sammenlignet med forskriftsbestemmelsen gir forurensningsloven § 11 femte ledd uttrykk for et tilsvarende vurderingstema. Som tidligere nevnt skal det etter vannforskriften foretas en avveining mellom samfunnsnyttens av tiltaket og inngrepet i vannforekomstens miljøtilstand. Inngrepet i vannforekomstens miljøtilstand vil fanges opp av «de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket» – forurensningshensyn – i vurderingen etter forurensningsloven § 11 femte ledd. Samfunnsnyttens av tiltaket vil falle inn under «de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre». Eksempelvis åpner begge bestemmelser for at samfunnsøkonomiske interesser generelt kan vektlegges. Som følge av at de ulike reguleringene gir anvisning på en lik vurdering, hvor relevante hensyn i vannforskriften fanges opp av forurensningsloven § 11 femte ledd, vil forurensningsloven § 11 femte ledd konsumere vurderingen som skal foretas etter vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b.

Konsekvensen av at vurderingstemaet og innholdet i avveiningsnormen etter sektorlovgivningen – forurensningsloven § 11 femte ledd – og vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er overlappende, er at det ikke er nødvendig med en selvstendig vurdering etter forskriftsbestemmelsen.¹⁹⁹ I slike tilfeller er det tilstrekkelig at det fremgår av vedtaket hvilke vurderinger etter sektorregelverket som anses å oppfylle vilkårene i forskriftsbestemmelsen.²⁰⁰

¹⁹⁵ Forurensningsloven § 11 første ledd.

¹⁹⁶ I samme retning, Wang (2015) s. 84,

¹⁹⁷ Se Bratteng (2023) note 9. Forutsetningsvis i Wang (2015) s. 84.

¹⁹⁸ Se bl.a. Wang (2015) s. 84.

¹⁹⁹ Se T-2015-9001 s. 6, og Solli (2021) pkt. 6.4.2.5.

²⁰⁰ *Ibid.*

Som følge av at vurderingen etter forurensningsloven § 11 femte ledd konsumerer vurderingen som skal foretas etter vannforskriften, er det i utgangspunktet tilstrekkelig å foreta en vurdering utelukkende etter sektorregelverket med løpende henvisninger til forskriftsbestemmelsen. Som det fremgår av drøftelsen i kapittel 4.2, er ikke ordlyden i vannforskriften dekkende for «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

Forvaltningspraksis illustrerer at det i norsk forvaltningsrett kun har blitt foretatt en vurdering etter forurensningsloven § 11, og at de EØS-rettslige kravene i «overriding public interest» ikke er overholdt. I utslippstillatelsen²⁰¹ utstedt til gruveselskapet i fjordsøksmålet ble forholdet mellom forurensningsloven § 11 og vannforskriften § 12 kommentert. Klima- og miljødepartementet la til grunn at avveiningen etter forskriftsbestemmelsen «er en forutsetning for tillatelse etter forurensningsloven generelt, jf. vurderingene i kapittel 7».²⁰² I vedtakets kapittel 7 foretas det kun en ren avveining, hvor utgangspunktet for vurderingen var forurensningsloven § 11. Departementet vurderer heller ikke nærmere hvilke krav som kan utledes av vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. At det gjelder krav om at tiltaket må være begrunnet i en «overriding public interest» er ikke nevnt, ei heller er hverken presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform fortolkning kommentert i vedtaket. I revideringen av utslippstillatelsen i 2023 sluttet Miljødirektoratet seg til vurderingen foretatt av Klima- og miljødepartementet i det opprinnelige vedtaket.²⁰³ Vurderingen i utslippstillatelsen viser at forvaltningen, i hvert fall den gang, la til grunn at vurderingstemaet i vannforskriften er sammenfallende med vurderingen etter forurensningsloven § 11.

Som drøftelsen i dette kapitlet viser, gir ikke vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, slik jeg ser det, et dekkende uttrykk for «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. Unntaksvilkåret «overriding public interest» er strengere enn vilkåret i forskriftsbestemmelsen, og vurderingstemaet er ikke sammenfallende med vurderingstemaet i hverken vannforskriften eller forurensningsloven. Det er derfor ikke tilstrekkelig med en vurdering etter forurensningsloven § 11 med løpende henvisninger til vannforskriften, og premisset for vurderingen etter forurensningsloven § 11 blir forfeilet. Forvaltningspraksis viser at den ikke-dekkende ordlyden i vannforskriften har forplantet seg i forvaltningsvedtak, og at de EØS-rettslige kravene i vanndirektivet ikke er praktisert riktig.

²⁰¹ Klima- og miljødepartementet (2015).

²⁰² Se Klima- og miljødepartementet (2015). s. 20.

²⁰³ Se Miljødirektoratet (2023) s. 2.

Et poeng i denne sammenheng er at innføringen av EU-direktiver kan innebære en begrensning på forurensningsmyndighetenes diskresjonære kompetanse.²⁰⁴ Som følge av at ordlyden ikke er dekkende for «overriding public interest», og dette vilkåret er strengere enn tilsvarende vilkår i vannforskriften, vil ikke vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b slik den praktiseres i dag utgjøre den tiltenkte materielle begrensningen på forurensningsmyndighetens kompetanse.

Samspillet mellom vannforskriften og sektorlovgivningen, er illustrerende for problemstillingen. Samspillet viser at det at vannforskriften ikke er dekkende for «overriding public interest» har konsekvenser for håndhevingen og praktiseringen av forskriften. En naturlig forklaring på at innholdet i forskriften ikke er dekkende og den etterfølgende praktiseringen er feil, er at Norge har forskuttert gjennomføringen av vanndirektivet. Da vanndirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen ble ikke vannforskriften tilpasset kravene i vanndirektivet og EØS-retten.

Avslutningsvis kan det påpekes, selv om det ligger litt på siden av kapittelets problemstilling, at det har formodning mot seg at vurderingstemaet i forurensningsloven § 11 femte ledd og vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er sammenfallende. Unntaksvilkåret «overriding public interest» er et EU-rettslig vilkår og utviklet av EU-domstolen. Tatt i betraktning at EU er en autonom rettsorden, løsrevet fra nasjonale rettstradisjoner og begrepsbruk, er det betenkelig at EU-domstolen skaper et vilkår som innholdsmessig sammenfaller med regelen i forurensningsloven § 11.

4.3.2 Gjennomføringen er problematisk i lys av det EØS-rettslige klarhetskravet

I forlengelsen av sammenligningen i kapittel 4.2, oppstår spørsmålet om gjennomføringen av vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c er i tråd med det EØS-rettslige klarhetskravet. Innenfor rammene av denne avhandlingen er det ikke mulig å foreta en grundig vurdering av forholdet mellom gjennomføringen og det EØS-rettslig klarhetskravet. Det er likevel betimelig med en kort påpekning av hvorfor den unøyaktige gjennomføringen kan være problematisk i lys av klarhetskravet.

Som nevnt i kapittel 2.1 er vanndirektivet et minimumsharmoniseringsdirektiv, og medlemsstatene kan selv velge fremgangsmåte og virkemidler for gjennomføringene av direktivet i nasjonal rett.²⁰⁵ Det er direktivets målsetning som skal oppnås ved gjennomføringen, og gjennomføringsbestemmelsen trenger ikke å være en ordrett sitering av

²⁰⁴ Se Bratteng (2023) note 9, og Wang (2015) s. 84-85.

²⁰⁵ Se generelt; Dougan (2000) s. 854–856, og om vanndirektivet; Larsen og Solli (2022) s. 281–282.

direktivbestemmelsen.²⁰⁶ Helt fritt i gjennomføringen står medlemsstatene imidlertid ikke. EØS-avtalens artikkel 7, jf. artikkel 3 stiller krav til gjennomføringen av en direktivbestemmelse i nasjonal rett. Gjennomføringen av et EØS-direktiv i nasjonal rett må skje på en tilstrekkelig *spesifikk, presis og klar* måte slik at EØS-regelverket får bindende virkning i nasjonal rett.²⁰⁷ Disse tre vilkårene utgjør kjernen av klarhetskravet. I dette ligger at rettstilstanden etter den nasjonale gjennomføringen, må være så presis og klar at ulike aktører kan gjøre seg kjent med sine rettigheter og plikter, og rettstilstanden i direktivet må kunne gjøres gjeldende i saker for nasjonale domstoler.²⁰⁸

Selv om «overriding public interest» ikke fremgår av vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, innebærer dette nødvendigvis ikke at gjennomføringen er i strid med det EØS-rettslige klarhetskravet. Forutsetningen er at rettstilstanden etter forskriftsbestemmelsen gir *spesifikt, presist, og klart* uttrykk for unntaksvilkåret, slik at dette får bindende virkning i nasjonal rett.

Som drøftelsen i kapittel 4.2 viser, er ikke ordlyden «samfunnsnytt» dekkende for innholdet i «overriding public interest». Konsekvensen av dette er at vannforskriften angir et annet vurderingstema. I tillegg oppstiller ikke forskriftsbestemmelsen et tilsvarende skille mellom ordinære og kvalifiserte samfunnsinteresser som direktivbestemmelsen gjør. Terskelen for hvilke samfunnsinteresser som kan begrunne et unntak blir derfor annerledes, og unntaksadgangen blir videre en forutsatt i vanndirektivet. Etter mitt skjønn kan det derfor argumenteres for at gjennomføringen av «overriding public interest» ikke er tilstrekkelig spesifikt og klart gjennomført i norsk rett, og at gjennomføringen derfor er betenkelig i lys av det EØS-rettslige klarhetskravet.

Et annet rettsspørsmål i så henseende er hvorvidt plikten til EØS-konform tolkning eller presumsjonsprinsippet kan reparere eventuelle uklarheter og ufullkommenheter i gjennomføringslovgivningen, slik at gjennomføringen likevel er i tråd med kravene i klarhetskravet. Spørsmålet kom på spissen i traktatbruddssaken *Kommisjonen mot Nederland*.²⁰⁹ Den nederlandske stat anførte at mangler ved gjennomføring av et direktiv kan bli avhjulpet gjennom rettspraksis, noe EU-domstolen var uenig i. EU-domstolen la til grunn at en slik rettstilstand ikke ivaretar klarhetskravet da det er i strid med kravene til

²⁰⁶ Se Arnesen mfl. (2022) s. 626.

²⁰⁷ E-15/12 *Wahl*, avsnitt 33, og C-648/13 *Kommisjonen mot Polen*, avsnitt 74 og 78, om vanndirektivet og klarhetskravet.

²⁰⁸ Se Arnesen mfl. (2022) s. 626.

²⁰⁹ C-144/99 *Kommisjonen mot Nederland*.

forutberegnelighet og effektivitet.²¹⁰ Tilsvarende vil også gjelde for gjennomføringen av vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c i norsk rett.

På denne bakgrunn kan det, slik jeg ser det, stilles spørsmål om gjennomføringen av «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c i vannforskriften er i henhold til det EØS-rettslige klarhetskravet.

²¹⁰ *Kommisjonen mot Nederland*, avsnitt 21. Se også omtale i Arnesen mfl. (2022) s. 628.

5. AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER OG FORSLAG TIL FORBEDRINGER

Avhandlingen har vist at ordlyden i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b ikke gir et dekkende uttrykk for «overriding public interest» i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. Som vi har sett, er konsekvensen av dette at forvaltningen har feilpraktisert reglene.

At vannforskriften ikke er dekkende for «overriding public interest» og praktiseringen i forvaltningen ikke er riktig oppstår som følge av en rekkefølgefeil. Selv om vanndirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen etter at vannforskriften ble vedtatt, endret ikke dette ordlyden i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b. At det EØS-rettslige kravet «overriding public interest» ikke kommer til uttrykk i hverken lovteksten, forarbeider eller rundskriv, åpner for – og det har skjedd – en feilpraktisering av de EØS-rettslige kravene Norge er forpliktet til å følge.

Konsekvensen av feilpraktiseringen i forvaltningen, er at vannforskriften i større grad åpner for unntak fra miljøkravene enn det som er forutsatt i vanndirektivet. Som påpekt innledningsvis, er vanndirektivets formål blant annet å redusere presset på Europas vannressurser. Gjennomføringen i vannforskriften og praktiseringen av denne, svekker vanndirektivets effektivitet, og Norges vannressurser har ikke det vernet vanndirektivet forutsetter.

Etter dette fremstår endringsforslaget til Klima- og miljødepartementet som viktig og en helt riktig rettsendring. Som omtalt i kapittel 1.1, har departementet foreslått at «overriding public interest» skal komme til uttrykk i forskriftsbestemmelsen som «overordnede samfunnsinteresser». En slik endring er avklarende med hensyn til bestemmelsens nærmere innhold, men vil også være i tråd med det EØS-rettslige klarhetskravet. Endringen vil i tillegg tydeliggjøre at det gjelder et særegent EU-rettslig vilkår, som skiller seg fra vurderingstemaet i den nasjonale forvaltningsrettslige avveiningsnormen.

Spørsmålet videre er om den endrede forskriftsbestemmelsen, hvor «overriding public interest» er inntatt, medfører at forvaltningen og andre rettsanvendere etterlever de EØS-rettslige kravene i vanndirektivet. Etter mitt syn er dette uklart, og det er fortsatt forhold ved den språklige utformingen som kan åpne for tvil omkring det nærmere innholdet i bestemmelsen. Til forskjell fra den engelske, tyske, svenske og norske språkversjonen, hvor samfunnsinteressen står i ubestemt entallsform, har departementet foreslått samfunnsinteresser i flertallsform. Et forslag

kan derfor være å innføre unntaksvilkåret i ubestemt entallsform for å være lik ordlyden i direktivet.

For å sikre en EØS-konform praktisering bør det tydeliggjøres i forarbeidene eller veilederen (eller begge) til bestemmelsen at vilkåret gjennomfører vanddirektivets artikkel 4 nr. 7 bokstav c, og at praktiseringen skal være i henhold til EØS-rettens krav. I tillegg bør skillet mellom ordinære og kvalifiserte samfunnsinteresser understrekes i forarbeidene eller veilederen, gjerne supplert med eksempler som viser hvilke situasjoner og tiltak som ligger i kjernen av vilkåret. Poenget er at det må tydeliggjøres at vilkåret er strengt, og at ikke alle samfunnsinteresser kan begrunne unntak.

Etter mitt syn er det først når en endring i vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b og ytterligere presiseringer i rettskildene at vannressurser i Norge får det vernet vanddirektivet har til hensikt å gi, og praktiseringen av forskriften (forhåpentligvis) er i henhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Kilderegister

Lover

Forurensningsloven (1981)	Lov av 15. desember 1967 nr. 6 (forurensningsloven – forurl.)
EØS-loven (1992)	Lov av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven)
Vannressursloven (2000)	Lov av 24. november 2000 nr. 82 (vannressursloven)
Plan- og bygningsloven (2008)	Lov av 27. juni 2008 nr. 71 (plan- og bygningsloven – pbl.)
Naturmangfoldloven (2009)	Lov av 19. juni 2009 nr. 100 (naturmangfoldloven – nml.)
Vass- og avløpsanleggslova (2012)	Lov av 16. mars 2012 nr. 12 (vass- og avløpsanleggslova)

Forskrifter

Vannforskriften (2006)	Forskrift av 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer (vannforskriften)
------------------------	---

Traktater og konvensjoner

EMK (1950)	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950
EØS-avtalen (1992)	Avtale om Det europeiske økonomiske fellesskap, Porto, 2. mai 1992
ODA-avtalen (1992)	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, Porto, 2. mai 1992
TEUV (2007)	Traktat om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa, 13. desember 2007. Konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/C 202/02)

TEU (2016)

Traktat om Den europeiske union. Konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/c 202/01)

Forordninger

Forordning 2022/2577/EU

Rådsforordning av 22. desember 2022 om rammer for akselerert utplassering av fornybar energi

Direktiver

Direktiv 79/409/EU

Rådsdirektiv av 79/409/EU 2. april 1979 om beskyttelse av ville fugler (fugledirektivet)

Direktiv 92/43/EU

Rådsdirektiv 92/43/EU av 21. mai 1992 om bevaring av naturtyper og ville dyr og planter (habitatdirektivet)

Direktiv 2000/60/EU

Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2000/60/EU av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for fellesskapstiltak for vannpolitikk (vanndirektivet).

Direktiv 2008/56/EU

Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2008/56/EU av 17. juni 2008 om etablering av en ramme for fellesskapets tiltak innenfor havmiljøpolitikken (havstrategidirektivet).

Beslutninger fra EØS-komiteen

EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007

EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 av 28. september 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 79 (1991-1992)

Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

St.meld. nr. 12 (2001-2002)	<i>Rent og rikt hav</i>
Innst. S. nr. 161 (2002-2003)	<i>Innstilling til Stortinget fra energi- og miljøkomiteen</i>
St.meld. nr. 21 (2004-2005)	<i>Regjeringens miljøvernpolitikk og rikets miljøtilstand</i>
Innst. S nr. 228 (2004-2005)	<i>Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Regjeringens miljøvernpolitikk og rikets miljøtilstand</i>
St.prp. nr. 75 (2007-2008)	<i>Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 125 av 28. september 2007 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2000/60/EF av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for Fellekskapets vannpolitikk (vanndirektivet)</i>
NOU 2012: 2	<i>Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU</i>
NOU 2020: 9	<i>Blindsonen – Granskning av feilpraktisering av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området</i>

Dokumenter fra EUs institusjoner

C(2000) 1079	<i>Mühlenberger Loch, 14. april 2000 (ikke publisert)</i>
CIS Guidance Document No 1	<i>Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive Guidance Document No 1, Economics and the Environment – The Implementation Challenge of the Water Framework Directive, 2003</i>
CIS Guidance Document No 20	<i>Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive Guidance Document No 20, Guidance Document on Exemptions to the Environmental Objectives, 2009</i>
CIS Guidance Document No 36	<i>Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and the Floods Directive Guidance Document No 36, Exemptions to the Environmental Objectives According to Article 4(7) – New modifications to the physical characteristics of surface water bodies, alterations to the level of groundwater, or new sustainable human development activities, 2017</i>

Commission Notice 2021/C 100/03	<i>Guide on Articles 34-36 of the Treaty on the Functioning of the European Union</i> , 23. mars 2021
Commission Notice 2021/C 437/01	<i>Assessment of plans and projects in relation to Natura 2000 sites – Methodological guidance on the provisions of Article 6(3) and (4) of the Habitats Directive 92/43/EEC</i> , 28. Oktober 2021
COM (2022) 230 final	<i>Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – REPowerEU Plan</i> , 18. mai 2022

Rettspraksis

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

E-9/97	<i>Sveinbjörndottir</i>
E-1/07	<i>Straffesak mot A</i>
E-15/12	<i>Wahl</i>

Rettspraksis fra EU-domstolen

C-120/78	<i>Cassis de Dijon</i>	ECLI:EU:C:1979:42
C-57/89	<i>Leybucht</i>	ECLI:EU:C:1991:89
C-44/95	<i>Lappel Bank</i>	ECLI:EU:C:1996:297
C-144/09	<i>Kommisjonen mot Nederland</i>	ECLI:EU:C:2001:257
C-390/99	<i>Canal Satélite Digital</i>	ECLI:EU:C:2002:34
C-286/07	<i>Kommisjonen mot Luxembourg</i>	ECLI:EU:C:2008:251
C-5/08	<i>Infopaq International</i>	ECLI:EU:C:2009:465
C-404/09	<i>Kommisjonen mot Spania</i>	ECLI:EU:C:2011:768
C-43/10	<i>Nomarchiaki</i>	ECLI:EU:C:2012:560

C-182/10	<i>Solvay</i>	ECLI:EU:C:2012:82
C-220/12	<i>Thiele Menses</i>	ECLI:EU:C:2013:683
C-285/12	<i>Diakité</i>	ECLI:EU:C:2014:39
C-201/13	<i>Deckmyn</i>	ECLI:EU:C:2014:2132
C-461/13	<i>Weser</i>	ECLI:EU:C:2015:433
C-648/13	<i>Kommisjonen mot Polen</i>	ECLI:EU:C:2016:490
C-346/14	<i>Schwarze Sulm</i>	ECLI:EU:C:2016:322
Forente saker C-401 til C-403/15	<i>Depesme og Kerrou</i>	ECLI:EU:C:2016:955
C-263/18	<i>Tom Kabinet</i>	ECLI:EU:C:2019:1111
C-535/18	<i>Nordrhein-Westfalen</i>	ECLI:EU:C:2020:391
C-525/20	<i>Association France Nature Environnement</i>	ECLI:EU:C:2022:350
C-723/21	<i>Stadt Frankfurt</i>	ECLI:EU:C:2023:264

Generaladvokatens forslag til avgjørelser

Forslag til avgjørelse av
Generaladvokat Kokott i C-43/10
Nomarchiaki ECLI:EU:C:2011:651

Forslag til avgjørelse av
Generaladvokat Medina i C-723/21
Stadt Frankfurt ECLI:EU:C:2023:152

Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Otgon mot Moldova Case of Otgon v. the Republic of Moldova, no. 22743/07, 25. oktober 2016

Rettspraksis fra Høyesterett

Rt-1982-241	<i>Alta</i>
Rt-2000-1811	<i>Finanger I</i>
Rt-2005-1365	<i>Finanger II</i>
Rt-2007-234	<i>Kongsberg/Nes</i>
HR-2016-296-A	
HR-2020-2427-P	<i>Klimasøksmålet</i>
HR-2021-822-A	

Juridisk litteratur

Bøker

Arnesen mfl. (2022)	Arnesen, Finn, Hammersvik, Simen, Hjelseng, Erling, Kolstad, Olav og Rognstad, Ole Andreas, <i>Oversikt over EØS-retten</i> , Universitetsforlaget, 2022
Arnesen og Stenvik (2015)	Arnesen, Finn og Stenvik, Are, <i>Internasjonalisering og juridisk metode</i> , 2. utgave, Universitetsforlaget, 2015
Backer (2012)	Backer, Inge Lorange, <i>Innføring i Naturressurs- og Miljørett</i> , 5. utgave, Gyldendal, 2012
Costa og Peers (2020)	Costa, Marios og Peers, Steve, <i>Steiner & Woods EU Law</i> , 14. utgave, Oxford University Press, 2020
Eckhoff og Smith (2022)	Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, <i>Forvaltningsrett</i> , 12. utgave, Universitetsforlaget, 2022
Eriksen og Fredriksen (2019)	Eriksen, Christoffer Conrad og Fredriksen, Halvard Haukeland, <i>Norges europeiske forvaltningsrett. EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling</i> , Universitetsforlaget, 2019
Fredriksen og Mathisen (2018)	Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, <i>EØS-rett</i> , 3. utgave, Fagbokforlaget, 2018

- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen, *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, 2019
- Langlet og Mahmoudi (2016) Langlet, David og Mahmoudi, Said, *Environmental Law and Policy*, Oxford University Press, 2016
- Solli (2021) Solli, Gunnhild Storbekkrønningen, *Ute av syne, ute av sinn. Om rettigheter til og forvaltning av grunnvann i norsk rett*, Karnov Group Norway, 2021
- Steinicke (2022) Steinicke, Michael, *Kvantitative restriksjoner og tilsvarende handelshindringer (art. 34-36)*, EU-Karnov, 2022
- Wang (2015) Wang, Øystein, *Forurensningsloven med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal, 2015

Artikler

- Chmielwski (2011) Chmielwski, Jan, «The Overriding Public Interest. Investing Versus Environmental Protection», *The Critique of Law*, 2011 nr. 1, s. 41-52
- Dougan (2000) Dougan, Michael, «Minimum Harmonization and the Internal Market», *Common Market Law Review*, 2000 nr. 37, s. 853-885
- Franklin (2012) Franklin, Christian, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning», *Jussens Venner*, 2012 nr. 2, s. 269-317
- Fried mfl. (2017) Fried, Jean, Quevauviller, Phillipe og Amelin, Elisa Varga, «Groundwater governance in the European Union, its history and its legislation: An enlightening example of groundwater governance». I Villholth mfl. (red.), *Advances in groundwater governance*, CRC Press, 2017
- Krämer (2009) Krämer, Ludwig, «Commission's opinions under Article 6 (4)», *Journal of Environmental Law*, 2009 nr. 1, s. 59-85
- Larsen og Solli (2022) Larsen, Ingrid Wang og Solli, Gunnhild Storbekkrønning, «Gjennomføring av vannforskriften og vannforvaltningsplaner i kommunal arealplanlegging etter plan- og bygningsloven». I Steinar Taubøll (red.), *Vann, juss og samfunn – rettigheter og regulering i utvikling*, Cappelen Damm Akademisk, 2022, s. 277-300

- Lundh (2016) Lundh, Christina Olsen, «Norm är norm – om flytande normprövning och implementering av ramdirektivet för vatten», *Nordic Environmental Law Journal*, 2016 nr. 3, s. 57-78
- Nollkaemper (1997) Nollkaemper, André, «Habitat Protection in European Community Law: Evolving Conceptions of a Balance of Interest», *Journal of Environmental Law*, 1997 nr. 2, s. 271-286
- Runde (2022) Runde, Andreas, «Prinsippet om EØS-konform tolkning og implikasjoner for norsk rettskildelære», *Marius* nr. 566, 2022
- de Sadeleer (2005) de Sadeleer, Nicolas, «Habitats Conservation in EC Law – From Nature Sanctuaries to Ecological Networks», *The Yearbook of European Environmental Law*, 2005, s. 215-252
- de Sadeleer og Martens (2023) de Sadeleer, Nicolas og Martens, Gauthier, «The EU's Stringent Jurisdictional Protection of Its Surface Waters», *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2023 nr. 2, s. 168-183
- Schütz (2014) Schütz, Sigrid Eskeland, «Vassdirektivet – konsekvensar for næringsverksamdom», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2014 nr. 1, s. 11-47
- Schütz (2016) Schütz, Sigrid Eskeland, «Sjødeponi, utfylling av ei lakune i vassreguleringa». I Bugge, Hans Christian, Indreberg, Hilde, Syse, Aslak og Tverberg, Arnulf, *Liv, Lov, og Lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, 2016, s. 446-461
- Unnerstall (2005) Unnerstall, Herwig, «'Sustainable Development' as Legal Term in European Community Law: Making it operable within the Habitats Directive and the Water Framework Directive», *UFZ-Diskussionpapire*, 2005 nr. 16, s. 1-32

Lovkommentar

- Bratteng (2023) Bratteng, Einar, *Karnov Lovkommentar: Forurensningsloven § 11*, bekreftet á jour per 28. juli 2023, lovdata.no

Rundskriv

T-2015-9001 Klima- og miljødepartementet «Veiledning til bruk av vannforskriften § 12», datert 23. februar 2015

Forvaltningspraksis

Klima- og miljødepartementet (2015) Klima- og miljødepartementet, *Nordic Mining ASA – tillatale til gruvevirksomhet i Engebøfjellet*, 5. juni 2015 (saksnr.: 13/4417). Tilgjengelig på: <https://naturvernforbundet.no/content/uploads/sites/25/2023/06/2015-06-05-Miljodepartementets-tillatelse-til-gruvevirksomhet-i-Engebofjellet.pdf> lest 10. desember 2023

Miljødirektoratet (2023) Miljødirektoratet, *Godkjenning av avfallshåndteringsplan og vedtak om revidert tillatelse*, 23. juni 2023 (saksnr.: 2022/3476). Tilgjengelig på: https://naturvernforbundet.no/content/uploads/2023/09/2023-06-23_Vedtak-om-godkjenning-av-avfallshandteringsplan-og-revidering-av-tillatelse.pdf lest 10. desember 2023

Annet

ESA (2021) Own initiative case against Norway regarding potential non-compliance with the WFD in the area of water bodies used for the disposal of mining waste including chemicals/materials of concern. Brussels, 21. januar 2021 (saksnr.: 86194)

Nettsider

Bakkejord mfl. (2005) Bakkejord, Knut, Andersen, Bjørn, Dyrberg, Peter, Finne, Håkon, Hambro, Cathrine, Hynne, Håkon, Røstum, Jon, Sand, Kjell og Steiro, Trygve, *Brytningstider for vann- og avløpssektoren? Om konsekvenser for kommune av en eventuell liberalisering*, 14. desember 2005. <https://www.ks.no/contentassets/25b5f28ec05a4a8e9d62df669ab3137a/rapport---sintef.pdf> lest 10. desember 2023

Regjeringen (2021) Klima- og miljødepartementet, *Godt vannmiljø i viktige elver og innsjøer*, 7. oktober 2021. <https://www.regjeringen.no/no/tema/klimatema/miljo/naturmangfold/innsiktsartikler-naturmangfold/elver-og-innsjoer/id2076657/> lest 10. desember 2023

- Fjordsøksmålet (2023) Naturvernforbundet, *Dokumenter. Her finner du sentrale dokumenter i Fjordsøksmålet*, 2022.
<https://fjordsoksmålet.no/dokumenter/> lest 10. desember 2023
- Knutsen (2023) Knutsen, Torgeir, *Roper varsku for over 600.000 hus*, TV2, 8. august 2023. <https://www.tv2.no/nyheter/innenriks/roper-varsku-for-over-600000-hus/15943209/> lest 10. desember 2023
- Nyhus mfl. (2023) Nyhus, Håvard, Haugen, Oddmund og Svalheim, Ole Kristian, *I dag startar rettssaka om gruveslam i fjorden – dette er striden*, NRK, 18. september 2023. <https://www.nrk.no/vestland/i-dag-startar-rettssaka-om-gruveslam-i-fjorden--dette-er-striden-1.16559043> lest 10. desember 2023