
NOTAT

Til: WWF Norge
Fra: Advokatfirmaet Wikborg Rein
Dato: 7. november 2023
Ansvarlig advokat: Elise Johansen

JURIDISK VURDERING AV EN EVENTUELL ÅPNINGSBESLUTNING**1 SAMMENDRAG**

Notatet er en vurdering av de juridiske rammene for en eventuell åpningsbeslutning for mineralutvinning på havbunnen. Regjeringen la i sommer frem Meld.St. 25 (2022-2023) med forslag om å åpne et område på norsk kontinentalsokkel. Saken er nå til behandling i Stortinget.

Det foreslåtte området fremgår av figuren i punkt 3 og utgjør 281 200 kvadratkilometer. Områdets plassering er av betydning for å avgjøre hvilke rettslige forpliktelser som gjelder. Samtlige deler av det foreslåtte området ligger på norsk kontinentalsokkel. Utgangspunktet er at kyststaten har suverene rettigheter over kontinentalsokkelen for det formål å undersøke den og utnytte dens naturforekomster, jf. havrettskonvensjonens artikkel 77. Den nordligste delen av det foreslåtte området synes imidlertid å ligge under Svalbards fiskevernsoner. Dette reiser spørsmål om tolkning av Svalbardstraktatens geografiske virkeområde. To deler av det foreslåtte området er områder hvor havsøylen over ikke er underlagt norsk jurisdiksjon, men er en del av det åpne hav. Dette gjelder det såkalte "Smutthavet" (eng. Banana Hole). I dette området har ikke Norge eksklusive rettigheter i havsøylen og på havoverflaten, noe det må tas hensyn til ved en eventuell mineralutvinning på havbunnen.

På bakgrunn av en helhetsvurdering er det vår oppfatning at kravene til konsekvensutredning etter havbunnsmineralloven § 2-2 ikke er oppfylt. Selv om det i stor grad er overlatt til myndighetenes skjønn å beslutte åpning, herunder å veie ulike interesser mot hverandre, fastsetter bestemmelsen noen rettslige minstestandarder som må være møtt. Utredningen skal belyse virkningene av en åpning for miljøet og antatte næringsrelaterte, økonomiske og sosiale virkninger. For å møte dette kravet må en konsekvensutredning være tilstrekkelig detaljert til at den er egnet til å legges til grunn som beslutningsgrunnlag for åpning. Foreliggende konsekvensutredning oppfyller etter vårt syn ikke dette kravet, da den har en for overordnet og generell tilnærming til de miljømessige konsekvensene. Dette forsterkes av områdets størrelse, og at utredningen i for liten grad har tatt hensyn til lokale miljømessige forhold som vil variere over det store området som foreslås åpnet.

Dette støttes av rettspraksis og særlig argumentasjon til Høyesteretts flertall i klimadommen som viser til at det kreves et solid beslutningsgrunnlag i saker som har store samfunnsmessige konsekvenser, og at det stilles klare krav til grundigheten av kunnskapsgrunnlaget før en åpning. Argumentasjonen har stor overføringsverdi også til mulig fremtidig mineralutvinning på havbunnen da havbunnsmineralloven er bygget på petroleumslovens system, og at det også, i likhet med petroleumsvirksomhet, har potensielt store konsekvenser for miljø og samfunn. Høyesterett uttalte seg også om betydningen av en åpningsbeslutning og fremhevet at en åpningsbeslutning bygger på premisset om en interesseavveining i favør av fremtidig aktivitet. Konsekvensutredningen kan derfor

ikke være generell og overordnet, men tilstrekkelig detaljert til at beslutningstakere og allmennheten har en reell mulighet til å gjøre gode avveininger.

Det kan stilles spørsmål ved om prinsippene i naturmangfoldloven om kunnskapsgrunnlag, føre-var og samlet belastning er tatt tilstrekkelig hensyn til. At området som eventuelt skal åpnes er så stort, øker risikoen for irreversibel skade og styrker plikten til å ta en føre-var-tilnærming.

Manglene med kunnskapsgrunnlaget påberopes også av Miljødirektoratet i deres høringsuttalelser. Miljødirektoratet er forvaltningens øverste fagorgan for miljømessige vurderinger, og skal som faginstans for miljø særlig høres hva gjelder miljørettslig argumentasjon. Det er oppsiktsvekkende at direktoratets tydelige vurderinger og klare anbefalinger har blitt satt til side i en sak med så store potensielle miljøkonsekvenser.

I lys av Norges forpliktelser etter naturavtalen er det behov for å vurdere bevaring av norske havområder. Vi mener dette bør sees i sammenheng med vurderingen av en eventuell åpning etter havbunnsmineralloven

Norge har en rekke folkerettslige plikter, herunder til å gjennomføre konsekvensutredninger, offentliggjøre miljøinformasjon og til å forhindre grenseoverskridende skade. Norges folkerettslige forpliktelser har stor betydning for tolkning av norsk rett som følge av presumsjonsprinsippet. Internasjonale forpliktelser har som regel også egne mekanismer knyttet til for eksempel klager.

Espoo-konvensjonen og dens tilleggsprotokoll, SEA-protokollen, er internasjonale instrumenter som stiller krav til dens medlemsparter om gjennomføring av miljøkonsekvensutredninger (EIA) og strategiske miljøkonsekvensutredninger (SEA). Norge er part i både Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen. SEA-protokollen gir regler for konsekvensutredninger ved de trinn i beslutningsprosessen som kommer før prosjektstadiet, og er dermed av stor relevans for en åpningsbeslutning. Manglende overholdelse av Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen kan etterforskes av "the Implementation Committee", basert på for eksempel en klage fra en part. Norge kan altså risikere etterforskning fra denne komiteen.

Århuskonvensjonen er implementert i norsk rett gjennom miljøinformasjonsloven, og har som målsetting å styrke retten den enkelte har til å leve i et miljø som sikrer helse og trivsel. For at konvensjonens rettigheter skal kunne være reelle må man se dem i sammenheng med staters forpliktelser til å utrede miljøkonsekvenser. Dersom en stat ikke har overholdt pliktene etter Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen, taler dette for at heller ikke bestemmelsene i Århuskonvensjonen er overholdt. Dette åpner for å benytte Århuskonvensjonens tvistemekanismer.

FNs havrettskonvensjon av 1982 er en global konvensjon som regulerer rettsordenen for alle havområder. Traktaten regulerer de ulike maritime soner og staters rettigheter og forpliktelser i disse. Som part i havrettskonvensjonen pålegges Norge en rekke plikter. Dette inkluderer plikten til å beskytte og bevare det marine miljøet.

Havrettskonvensjonen artikkel 206 pålegger statene en plikt til å gjennomføre konsekvensutredninger og kommunisere resultatene når statene har "rimelig grunn til å tro at planlagt virksomhet under deres jurisdiksjon eller kontroll kan føre til betydelig forurensning av eller vesentlige og skadelige forandringer i det marine miljø". I forhold til kravet om gjennomføring av konsekvensutredninger er særlig bestemmelsene i konvensjonen om biologisk mangfold (CBD) relevante. Bestemmelsene i CBD og tilhørende retningslinjer er ikke begrenset til nabostater til den aktuelle aktivitet men dekker negative virkninger på biologisk mangfold også i andre stater og i områder utenfor staters jurisdiksjon. Dette gjør at det ikke vil være tilstrekkelig å bare konsultere Island og Danmark, slik norske

myndigheter har gjort, men at Norge plikter å konsultere også andre stater der det er fare for at mineralutvinning på havbunnen kan ha en negativ effekt på biodiversiteten.

Havrettskonvensjonen artikkel 208(1) fastsetter plikt for kyststater til å "vedta lover og forskrifter for å hindre, begrense og kontrollere forurensning av det marine miljøet som er en følge av eller har sammenheng med havbunnsvirksomhet underlagt deres jurisdiksjon". I samme artikkel henvises det til at "lover, forskrifter og tiltak skal ikke være mindre effektive enn internasjonale regler, standarder og anbefalte framgangsmåter og prosedyrer." Henvisningen inkluderer ISAs Mining Code. En strengere Mining Code fra ISA har dermed direkte konsekvenser for pliktene etter nasjonal rett, da havrettskonvensjonen artikkel 208 pålegger at disse "ikke skal være mindre effektive enn" internasjonale regler. Det vil derfor kunne ha implikasjoner for Norge dersom ISA vedtar en midlertidig stans eller føre-var-pause for mineralutvinning på havbunnen i områder utenfor staters jurisdiksjon.

Forholdet mellom havrettskonvensjonen artikkel 77 som fastslår kyststatens suverene rettigheter til ressursutnyttelse på egen kontinentalsokkel, og artikkel 208 som fastslår plikt til å hindre forurensning av havbunnsvirksomhet i tråd med internasjonale regler, har ikke vært behandlet før. Det er således ikke gitt hvilken av disse bestemmelsene som har forrang i de tilfeller hvor de oppstiller samtidige motstridende plikter og rettigheter. Et midlertidig moratorium fra ISA vil uansett være et sterkt signal om hva som er den internasjonale rettslige utviklingen og forventningen, og kan dermed ha ikke bare rettslige implikasjoner, men også store omdømmemessige utfordringer for Norge.

Havrettskonvensjonen åpner for bruk av ulike tvisteløsningsorganer, som Den internasjonale domstolen, internasjonal voldgift eller Havrettsdomstolen.

Konvensjonen om bevaring av det marine miljøet i Nordøst-Atlanteren (OSPAR-konvensjonen) regnes for å være "det primære instrument i den nordøstatlantiske region når det gjelder gjennomføringen av miljøbestemmelsene i Havrettskonvensjonen del XII". Norge er part i konvensjonen. OSPAR-konvensjonen artikkel 2(1)a, slår fast at avtalepartene er forpliktet til å beskytte det marine miljøet i områder både innenfor og utenfor deres jurisdiksjon. Sammenlignet med havrettskonvensjonen synes OSPAR å fastsette tydeligere forpliktelser til å beskytte det marine miljøet gjennom å pålegge medlemsstatene å bevare marine økosystemer, jf. artikkel 2(1)a, og til å anvende føre-var prinsippet, jf. artikkel 2(2)a).

Endelig kan Svalbard-traktaten få betydning for denne prosessen, ettersom deler av området som er identifisert i høringsnotatet for åpning, synes å ligge under fiskevernsonen ved Svalbard. Spørsmålet om Svalbardtraktaten gjelder for områder utenfor Svalbards territorialfarvann, herunder i fiskevernsonen og på kontinentalsokkelen under, har nettopp vært gjenstand for behandling av Høyesterett i den såkalte snøkrabbesaken (HR-2023-491-P). Høyesterett konkluderte med at Svalbardtraktaten bare gjelder på Svalbards landterritorium og i Svalbards indre farvann og sjøterritorium (12 nm fra grunnlinjen).

Det er imidlertid ikke alle stater og internasjonale fagmiljøer som er enige med Norges forståelse og anvendelse av Svalbardtraktaten, herunder blant annet Storbritannia og Nederland. Å legge til rette for aktivitet i dette området gjennom et åpningsvedtak vil innebære en risiko for økt friksjon og oppmerksomhet knyttet til Norges standpunkt og en mulighet for å bringe saken inn for internasjonale domstoler. Det er ikke gitt hva utfallet ville blitt om sistnevnte skulle skje.

2 INNLEDNING

Wikborg Rein har fått i oppdrag å utarbeide en juridisk vurdering av konsekvensene av en eventuell åpningsbeslutning for mineralutvinning på havbunnen. Åpningsprosessen ble satt i gang av Olje- og energidepartementet i 2020 og består av to hoveddeler: en prosess for konsekvensutredning og en ressursvurdering. Forslaget til konsekvensutredningsprogram ble sendt på høring 12 januar 2021 med tre måneders høringsfrist. Det kom inn 53 høringsinnspill. OED vedtok programmet 10 september 2021. På bakgrunn av det fastsatte programmet ble det utarbeidet en konsekvensutredning som ble sendt på høring 27 oktober 2022 med tre måneders høringsfrist. Det kom inn over 1100 høringsinnspill, hvorav 70 av disse kom fra etater, organisasjoner og selskaper. De resterende er innspill fra privatpersoner.

Regjeringen fremmet saken i statsråd 20 juni 2023, med bakgrunn i Meld.St. 25 (2022-2023) hvor det fremkommer at regjeringen ønsker å åpne området på norsk kontinentalsokkel som var vært på høring, med unntak av et område i sør.¹ Torsdag 26 oktober 2023 ble det gjennomført åpen høring på Stortinget og saken behandles av Energi- og miljøkomiteen med frist for avgivelse av innstilling 19. desember 2023. Foreløpig dato for behandling i Stortinget er satt til 9 januar 2024.

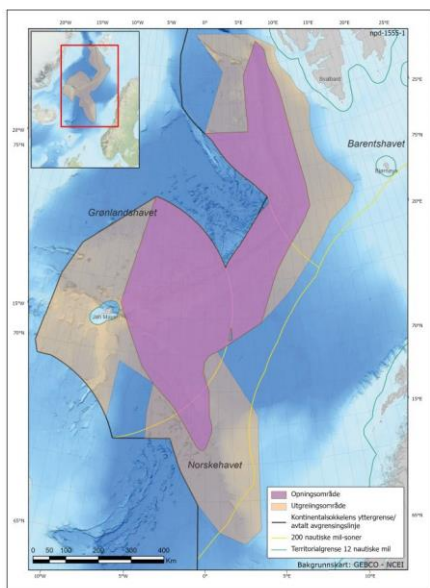
Dette notatet drøfter juridiske krav knyttet til åpningsprosess og et åpningsvedtak. Kapittel 4 drøfter krav etter norsk rett og om kravene til gjennomføring og innhold i konsekvensutredning er møtt, herunder norsk implementering av relevante EU direktiv. Kapittel 5 analyserer Norges folkerettslige forpliktelser og konsekvensene av å ikke overholde disse. I kapittel 6 drøftes forholdet til Svalbardtraktaten.

3 OMRÅDET SOM FORESLÅS ÅPNET

Nedenfor følger en kort beskrivelse av det foreslått åpnede området. Områdets plassering er av betydning for å kunne avgjøre hvilke rettslige forpliktelser som gjelder. Både internasjonale og nasjonale lover og avtaler har ofte et geografisk definert virkeområde. I tillegg vil det gjelde ulike bestemmelser for ulike marine områder basert på havrettskonvensjonens sone-system. Samtlige deler av det foreslåtte området ligger på norsk kontinentalsokkel, herunder også de deler av sokkelen som er blitt godkjent og fastslått gjennom søknad til The Commission on the Limits of the Continental Shelf (CSLS). Sistnevnte kreves for de deler av kontinentalsokkelens ytre grenser som strekker seg lengre enn 200 nautiske mil (NM) fra grunnlinjen.

Det foreslåtte åpnede området fremgår av figur 5.1 i Meld.St. 25 (2022-2023) og utgjør 281 200 kvadratkilometer:

¹ Meld.St. 25 (2022-2023), Mineralverksemd på norsk kontinentalsokkel – opning av areal og strategi for forvaltning av ressursane. Tilråding frå Olje- og energidepartementet 20. juni 2023, godkjend i statsråd same dagen. (Regjeringa Støre)



Figur 5.1 Opningsområde markert i fiolett.
Kilde: Utlendiskontoret

Det går et rettslig skille mellom sokkel(havbunn) som ligger innenfor og utenfor staters jurisdiksjon. Sokkel som ligger innenfor staters jurisdiksjon reguleres av bestemmelsene i havrettskonvensjonens del VI. Utgangspunktet er at kyststaten har suverene rettigheter over kontinentalsokkelen for det formål å undersøke den og utnytte dens naturforekomster, jf. havrettskonvensjonens artikkel 77. I og med at hele det foreslåtte området ligger på norsk sokkel, og følgelig innenfor norsk jurisdiksjon, er utgangspunktet at Norge har eksklusiv rett til å forvalte levende og ikke levende ressurser på havbunnen og i undergrunnen på den måten de ønsker, med forbehold for de plikter som følger av havrettskonvensjonen og andre folkerettslige bestemmelser for øvrig.

Selv om utgangspunktet er at utnyttelse av ressursene på det foreslåtte område ligger under norsk jurisdiksjon, vil områdets beliggenhet likevel kunne utløse andre rettigheter og plikter. Den nordligste delen av det foreslåtte området synes å ligge under Svalbards fiskevernsoner. Dette kan reise spørsmål knyttet til tolkning av Svalbardstraktatsens geografiske virkeområde (se kapittel 6). To deler av det foreslåtte området er områder hvor havsøylen over ikke er underlagt norsk jurisdiksjon, men er en del av det åpne hav. Dette gjelder området kaldt "Smutthavet" (eng. Banana Hole). Dette gjør at Norge i dette området ikke har eksklusive rettigheter i havsøylen og på havoverflaten, og at det dermed kan være andre interessenter det må tas hensyn til dersom aktivitet på sokkelen under påvirker disse.

4 KRAV ETTER NORSK RETT

4.1 Krav til konsekvensutredning

4.1.1 Innledning

Det følger av havbunnsmineralloven § 2-2 at det skal gjennomføres en konsekvensutredning før et område åpnes for mineralvirksomhet.² Konsekvensutredningen skal belyse de ulike interessene som

² Lov om mineralvirksomhet på kontinentalsokkelen (havbunnsmineralloven av 27 mars 1019 nr. 7.

gjør seg gjeldende på det aktuelle området, slik at dette kan ligge til grunn når det skal tas stilling til om, og eventuelt på hvilke vilkår, området kan åpnes for mineralvirksomhet. Konsekvensutredningen skal videre belyse hvilke virkninger en eventuell åpning kan få for miljøet og antatte næringsrelaterte, økonomiske og sosiale virkninger.

Havbunnsmineralloven trådte i kraft i 2019 og det er per i dag ingen rettspraksis som direkte angår tolkningen av loven. Ordlyden og forarbeidene til havbunnsmineralloven § 2-2 fastlegger et stykke på vei hva som må være kravene til det materielle innholdet i konsekvensutredningen. Vi vil imidlertid belyse innholdet i kravet også ut fra andre relevante rettskilder.

4.1.2 *Kravene i havbunnsmineralloven*

Havbunnsmineralloven § 2-2 setter en ramme for konsekvensutredningen, som det er departementets ansvar å gjennomføre. De nærmere reglene for utredningen kan fastlegges i form av en forskrift, jf. lovens § 2-2 tredje ledd. Slike forskrifter er ikke utarbeidet per i dag, men lovgiver legger altså opp til at det kan gjøres.

Slike forskrifter er til sammenligning utarbeidet for petroleumsvirksomhet, som havbunnsmineralloven i stor grad bygger på. I petroleumsforskriftens kap. 2a) er fremgangsmåte og rammene for konsekvensutredningen beskrevet, noe som tydeliggjør hva som kreves.³ For eksempel fremgår det av forskriftens § 6c) at omfang og detaljeringsgrad på konsekvensutredningen skal tilpasses den konkrete saken. Dette er en føring som overført på havbunnsmineraler ville gjort klart at det i denne saken er krav om svært grundige utredninger, ettersom området som foreslås åpnet er uvanlig stort og kunnskapsgrunnlaget man i utgangspunktet baserer seg på er svært lavt. Det kan etter dette argumenteres for at dersom myndighetene velger å gjennomføre en konsekvensutredning uten å benytte seg av muligheten til å ha på plass tydeligere rammer i form av forskrift, bør de være ekstra påpasselige. Som et minimum bør kravene til konsekvensutredninger for sammenlignbare aktiviteter oppfylles (petroleum), og det må hensyntas at mineralutvinning på havbunnen er en ny industri med ukjente virkninger.

Det følger videre av ordlyden i havbunnsmineralloven § 2-2 at konsekvensutredningen blant annet skal belyse "hvilke virkninger en eventuell åpning kan få for miljøet". Hva som ligger i dette omtales i liten grad i forarbeidene (Prop. 106 L (2017-2018) og Innst. 150 L (2018-2019)). Det sies imidlertid i førstnevnte proposisjon på s. 35 om konsekvensutredninger at "[t]ypiske elementer vil være å belyse de ulike interessene som gjør seg gjeldende på det aktuelle området, en viss oversikt over hvilke mineralressurser som kan være relevante og hvor de befinner seg, de miljømessige forholdene, mulige farer for forurensning, samt antatte næringsmessige, økonomiske og sosiale virkninger."

Det følger også av lovens § 2-2 at "[k]onsekvensutredningen skal bidra til å belyse de ulike interessene som gjør seg gjeldende i det aktuelle området, slik at dette kan ligge til grunn når det skal tas stilling til om, og eventuelt på hvilke vilkår, området kan åpnes for mineralvirksomhet." En konsekvensutredning må altså være tilstrekkelig detaljert til at den er egnet til å legges til grunn som beslutningsgrunnlag for åpning. Foreliggende konsekvensutredning oppfyller etter vårt syn ikke dette kravet, da den har en for overordnet og generell tilnærming til de miljømessige konsekvensene. Dette har særlig en side mot områdets størrelse. Utredningen har i for liten grad tatt hensyn til lokale miljømessige forhold som vil variere over det store området som foreslås åpnet.

³ Forskrift til lov om petroleumsvirksomhet - Lovdata

I forarbeidene fremholder også departementet at et konsekvensutredningsprogram under tiden kan vise behov for "ytterligere vitenskapelige studier i området som må iverksettes før konsekvensutredningen kan avsluttes og eventuell åpning besluttes", jf. Prop. 106 L (2017-2018) s. 35. En naturlig slutning fra dette er at dersom man etter å ha fulgt utredningsprogrammet fortsatt har et for lavt kunnskapsnivå må det gjøres ytterligere undersøkelser før utredningen kan avsluttes og før det kan fattes vedtak om åpning. Behovet for ytterligere undersøkelser burde ha blitt vurdert i den foreliggende saken.

Havbunnsmineralloven § 2-2 må videre tolkes i lys av lovens formålsbestemmelse i § 1-1, som blant annet viser til at hensynet til miljø skal ivaretas. Det er utvilsomt at mineralvirksomhet på havbunnen kan ha betydelige negative konsekvenser for miljøet. Dette fastslås også i forarbeidene (Prop. 106 s. 27). Her vises det for eksempel til at slik virksomhet kan føre til ødeleggelser av leveområder for marine organismer, herunder for sjeldne naturtyper med spesielle organismer og arter som har tilpasset seg et unikt livsmiljø. Videre at mineralutvinning på havbunnen vil kunne medføre utslipp av avgangsmasser, som kan føre til nedslamming av sårbar bunnfauna. I tillegg vil havstrømmer kunne frakte rester av utvinning på tvers av økosystemer. Boring og kjemikaliebruk kan også gi skadelige virkninger på det marine miljøet. Dette er bare noen av utfordringene som vil følge av en eventuell mineralutvinning, og som belyser behovet for et godt kunnskapsgrunnlag om konsekvenser for miljøet.

Krav om konsekvensutredninger foreligger for øvrig i en rekke andre lover og forskrifter, som i konsekvensutredningsforskriften etter plan- og bygningsloven og petroleumsforskriften. Innholdet i kravene etter disse og andre rettsregler vil kunne ha overføringsverdi for mineralutvinning på havbunnen, ved at det til en viss grad kan utledes en generell norm om hva som er innholdet i kravet. Prinsippet om at miljøkonsekvenser må utredes følger også av Grl. § 112 annet ledd. Dette styrker argumentet om at slike utredninger er helt sentrale for beslutningsgrunnlaget og derfor må være av god kvalitet.

4.1.3 Krav til konsekvensutredninger i EU-retten

Den norske konsekvensutredningsforskriften er hjemlet i plan- og bygningsloven (pbl.)⁴ og gjennomfører to EU-direktiver om konsekvensutredninger, i tillegg til å inneholde andre regler om konsekvensutredninger. De to direktivene er Direktiv 2014/52/EF (kalt EIA-direktivet), og Direktiv 2001/42/EØF (kalt SEA-direktivet). EIA-direktivet fastsetter minimumskrav for konsekvensutredninger ved enkelttiltak og prosjekter, mens SEA-direktivet regulerer de mer strategiske prosessene og planfasen.

Plan- og bygningslovens virkeområde følger av pbl. § 1-2. Loven gjelder som utgangspunkt ikke utenfor én nautisk mil målt ut fra grunnlinjene, jf. andre ledd. Kongen kan imidlertid fastsette at kap. 14 om konsekvensutredninger skal gjelde for "nærmere bestemte tiltak" utenfor én nautisk mil, jf. tredje ledd. Det er som nevnt enda ikke gitt en forskrift som tydeliggjør kravene til konsekvensutredninger ved åpning av arealer etter havbunnsmineralloven. Forarbeidene til loven gir heller ikke svar på om plan- og bygningslovens bestemmelser om konsekvensutredninger skal anvendes. For petroleumsløven har departementet lagt til grunn at åpning av nye områder faller inn under SEA-direktivet, fordi åpningen av området anses å legge rammene for fremtidig utbygging.⁵ Vi mener det må være en presumsjon for at også havbunnsminerallovens § 2-2 tolkes i tråd med kravene i EU-direktivene så langt det passer.

⁴ Forskrift om konsekvensutredninger, 21. juni 2017 nr. 854.

⁵ Forskrift 20. januar 2006 nr. 49 punkt 3.

4.1.4 Betydningen av klimadommen (HR-2020-2472-P)

Et av spørsmålene i den norske klimadommen fra 2020 var hvilke føringer GrL § 112 gir når det gjelder krav til forsvarlig saksbehandling og utredninger av konsekvenser. Saken gjaldt som kjent gyldigheten av en kongelig resolusjon fra 2016 som ga utvinningstillatelseter etter petroleumsloven til 40 blokker i Barentshavet. Ettersom havbunnsmineralloven i stor grad bygger på petroleumsloven, vil Høyesteretts argumentasjon i denne dommen ha betydning for tolkningen av hva som må være kravene til en konsekvensutredning etter havbunnsmineralloven.

Det følger av dommen at saksbehandlingen ved åpning av nye områder grundig må "avklare fordelene og ulempene ved åpninga", jf. avsnitt 184, og at "jo større konsekvensar eit vedtak har, di strengare krav må det stillast til avklaring av konsekvensane", jf. avsnitt 182. Dette må forstås som at kunnskapsgrunnlaget må være mer omfattende der virkningene kan være betydelige, og der det er usikkerhet om omfanget av virkningene. Dette er i høyeste grad tilfelle for mineralutvinning på havbunnen.

Høyesteretts flertall kommenterte videre at det er departementet som fastsetter saksbehandlingen for de enkelte åpningsprosesser og at departementet som et utgangspunkt er tillagt et fritt skjønn i den forbindelse. Til tross for dette la retten til grunn at det må tas hensyn til "føremålet med utgreininga", slik at beslutningsgrunnlaget for et eventuelt åpningsvedtak i tur blir "solid", jf. avsnitt 187. Vurderingen av konsekvenser på åpningsstadiet må etter rettens syn omfatte "alle stadium" av virksomheten – ikke bare konsekvensene av åpningsbeslutningen i seg selv. Saksbehandlingen ble ansett for å være mer omfattende i åpningsprosesser for petroleumsvirksomhet på basis av petroleumsloven "enn det som er tilfelle ved andre vedtak", jf. avsnitt 186 og 18, hvilket etter rettens syn har en sammenheng med de store samfunnsmessige konsekvensene av petroleumsvirksomhet. Også her har argumentasjonen stor overføringsverdi til mineralutvinning på havbunnen. Dette er en ny næring med potensielt store konsekvenser for både miljø og samfunn.

Det er også av betydning at Norge er et land som har kommet svært langt i prosessen med å åpne for havbunnsmineralvirksomhet på egen kontinentalsokkel, og dermed kan påvirke hvordan andre land der det er aktuelt tilnærmer seg problemstillingen for egen del. Dette taler for et skjerpet utredningskrav. I samme retning trekker det faktum at havbunnsmineralvirksomhet er en ny aktivitet i vår del av verden som det er begrenset erfaring med. Usikkerheten om konsekvensene av virksomheten er en risiko som taler for at kravene til konsekvensutredningen allerede på åpningsstadiet skal være omfattende, jf. både nevnte uttalelser i klimadommen, føre-var-prinsippet og prinsippet om samlet belastning i naturmangfoldloven.

I klimadommen uttalte retten også at på åpningsstadiet må konsekvensutredningen "ta høgde for den naturlege konsekvensen av opningsavgjerda – at det blir tildelt utvinningsløyve", jf. avsnitt 190. Dette er også tilfellet for mineralutvinning på havbunnen. En beslutning om åpning vil skape tydelige forventninger om utvinning. En åpningsbeslutning bygger på premisset om en interesseavveining i favør av fremtidig aktivitet. Konsekvensutredningen kan derfor ikke være generell og overordnet, men tilstrekkelig detaljert til at beslutningstakere og allmennheten har en reell mulighet til å gjøre gode avveininger.

I dommen fremholdt Høyesterett også enkelte innholdsmessige krav på et mer konkret plan, jf. flertallsvotumet i avsnitt 208 - 223 og mindretallsvotumet i avsnitt 259 - 275. Hvor grundige konsekvensene skulle utredes var et spørsmål som ble drøftet av begge fraksjoner. Det endte som kjent med dissens om spørsmålet om det forelå saksbehandlingsfeil som følge av mangelfull vurdering av klimakonsekvensene av åpning av Barentshavet sørøst. Konsekvensutredningen hadde vurdert de

nasjonale klimagassutslippene som følge av petroleumsvirksomheten, men ikke utslippene som ville følge med forbrenning av eksportert olje og gass, jf. avsnitt 208.

I avsnitt 210 uttaler førstvoterende at utgangspunktet etter både Direktiv 2001/42/EØF og petroleumsforskriften § 6c)(1) bokstav e ikke er tvilsomt – en konsekvensutredning i forbindelse med åpning av et nytt område "skal skildre verknadene for klimaet". Under henvisning til nevnte direktiv, samt konsekvensutredningsforskriften § 21(2), fastslås det videre i samme avsnitt at opplysningene av miljøkonsekvenser ved en slik konsekvensutredning "bør omfatte sekundære, kumulative, syngeriske, kort-, mellom- og langsiktige, varige og midlertidige, positive og negative virkninger".

Videre blir det vist til forarbeidene til petroleumsloven, Ot.prp.nr.43 (1995–1996) side 33-34. Etter førstvoterendes syn må disse forstås slik at "vurderingane av eventuelle globale klimautslepp fyrst og fremst skal gjerast ved godkjenning av plan for utbygging og drift (PUD)", jf. avsnitt 212.

Mindretallet i klimadommen la seg imidlertid på en generelt strengere linje med hensyn til saksbehandlingskravene etter Grl. § 112 og petroleumsloven og -forskriften. I dommens avsnitt 264 uttalte annenvoterende, under henvisning til petroleumsforskriften § 6c) bokstav e, at utgangspunktet er at "alle klimavirkninger [skal] beskrives" og at utredningsplikten dermed ikke er begrenset til kun de "betydelige faktorene". Videre skal det ikke gjøres en "isolert vurdering av miljøvirkningene – også bidraget til de kumulative virkningene skal analyseres", jf. avsnitt 265.

Dette illustrerer hvor grundig høyesterett gikk til verks når det gjaldt å mene noe konkret om graden av kunnskap som måtte være på plass i forkant av en åpning. Dette har overføringsverdi for andre miljøtemaer ved mineralutvinning på havbunnen.

4.1.5 Om den konkrete konsekvensutredningsprosessen i saken

Oljedirektoratet har bistått Olje- og energidepartementet (OED) i prosessen med å gjennomføre konsekvensutredningen. Oljedirektoratet har i denne forbindelse hatt kontakt med Miljødirektoratet når det gjelder å definere relevante utredningstema og vurderinger av utredninger innenfor deres ansvarsområde. Konsekvensutredningen og utkast til beslutning om åpning av området ble som nevnt sendt på offentlig høring 27. oktober 2022 med tre måneders frist.

Konsekvensutredningen ble deretter gjennomført på bakgrunn av et fastsatt utredningsprogram som var på høring. Vurderingene i konsekvensutredningen er gjennomført tematisk og overordnet med sikte på å avdekke hvilke typer av virkninger som er de mest vesentlige. Det er ikke gjort vurderinger av spesifikke prosjekter eller scenarier, men konsekvensutredningen peker på ulike teknologier som kan være aktuelle og identifiserer forhold som kan kreve avbøtende tiltak for å tilfredsstille krav til en miljømessig forsvarlig aktivitet.

I stortingsmeldingen om åpning (Meld. St. 25 (2022-2023) viser OED til at det er begrenset kunnskap om natur- og miljøforhold knyttet til havbunnsmineraler og åpningsområdet. Det er den tilgjengelige kunnskapen som er lagt til grunn i konsekvensutredningen. Kunnskapsmangler er påpekt. Etter departementets syn er likevel behovet for konsekvensutredninger i henhold til havbunnsmineralloven tilstrekkelig ivaretatt og gir grunnlag for å ta stilling til åpning.

OED viser i denne sammenheng til at konsekvensutredningen legger grunnlaget for en vurdering av spørsmålet om åpning av områder slik at også andre aktører enn staten kan kartlegge, og når kunnskapsgrunnlaget eventuelt tilsier det, utvinne havbunnsmineraler. På denne bakgrunn hevdes det at det best mulige kunnskapsgrunnlaget er fremskaffet, og at kravene i naturmangfoldloven § 8 er oppfylt.

Det vises videre til at det vil være små virkninger på miljøet av leteaktivitet og at konsekvensene i en utvinningsfase er lite kjent fordi det hittil ikke har vært noen slik aktivitet. Selskaper med utvinningsstillatelse skal derfor bli pålagt å samle inn data om miljøforhold i de områdene de undersøker i tillatelsens første fase. Denne kunnskapen skal sammen med kunnskap fra ytterligere kartlegginger fra myndighetenes side legges til grunn ved behandling av utvinningsplaner. Ifølge OED vil dette, sammen med en skrittvis tilnærming til aktivitet i området som åpnes, sørge for en føre-var-tilnærming som er i tråd med kravene i naturmangfoldloven § 9.

Regjeringen vil altså fortsette å kartlegge norske havbunnsmineraler og relevante natur- og miljøforhold samtidig som den foreslår å åpne områder slik at også kommersielle aktører kan bidra i kunnskapsinnhenting og oppbygging. Dette er et spesielt grep, der man på den ene siden erkjenner at kunnskapsgrunnlaget knyttet til konsekvenser for miljøet for denne nye næringen er for lavt samtidig som man ikke tar seg tid til å gjennomføre ytterligere nødvendige undersøkelser før man slipper til private aktører. Dette er etter vårt syn svært problematisk ettersom konsekvensutredningen alene ikke gir et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag for åpning slik det følger av havbunnsmineralloven § 2-2. Det er også problematisk i forhold til naturmangfoldlovens bestemmelser, blant annet knyttet til prinsippet om føre-var.

4.1.6 *Miljødirektoratets høringsuttalelse*

Miljødirektoratet skriver i sin høringsuttalelse at konsekvensutredningen ikke gir et beslutningsgrunnlag for å åpne for mineralutvinning til havs. Konsekvensutredningen viser vesentlige kunnskapsmangler om natur, teknologi, og miljøvirkninger. Videre inneholder den ikke vurderinger av om, eventuelt hvor og hvordan, det er mulig å drive mineralvirksomhet på en forsvarlig og miljømessig bærekraftig måte. Miljødirektoratets vurdering er derfor at konsekvensutredningen ikke oppfyller kravene i havbunnsmineralloven § 2-2. Miljødirektoratet kan heller ikke se at prinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-10 om føre-var og samlet belastning er lagt til grunn.

Direktoratet skriver videre i sin uttalelse at det mangler formaliserte prosesstrinn etter åpning for å ivareta nødvendig kunnskapsinnhenting og arealmessige vurderinger av hvilke områder som av hensyn til miljøet skal skjermes og hvilke områder som eventuelt kan være egnet for mineralutvinning. De viser til at det er for sent å identifisere områder som bør beskyttes for påvirkning ved eventuelle prosjektspesifikke konsekvensutredninger. En kunnskapsbasert tilnærming krever at nærmere områder identifiseres, kartlegges og deretter utredes før vurdering av åpning, og før det utlyses og tildeles tillatelser til undersøkelser og utvinning.

Miljødirektoratet er klare på at informasjonen i konsekvensutredningen ikke gir grunnlag for åpning. De er tydelige på at dersom informasjonen i konsekvensutredningen og prinsippene i naturmangfoldloven legges til grunn er det etter deres vurdering ikke grunnlag for å ta stiling til spørsmålet om åpning. Det er dermed ikke tilstrekkelig faglig og rettslig grunnlag for utkastet til beslutning. Direktoratet viser videre til at åpningsprosessen er det eneste formaliserte prosesstrinnet etter havbunnsmineralloven som gir relevante myndighetene og allmenheten muligheter for avveininger mellom ulike hensyn som næring og miljø, basert på arealbaserte konsekvensanalyser.

Miljødirektoratet er forvaltningens øverste fagorgan for miljømessige vurderinger. Det følger av SEA-protokollen (se notatets kapittel 5.2.3) at fagmyndigheters uttalelser særlig skal hensyntas. Det er oppsiktsvekkende at direktoratets tydelige vurderinger og klare anbefalinger har blitt satt til side i en sak med så store potensielle miljøkonsekvenser.

4.2 Naturmangfoldloven

Naturmangfoldloven omfatter all natur, og gjelder for alle sektorer som forvalter naturmangfold eller tar beslutninger som har konsekvenser for dette mangfoldet. Loven inneholder prinsipper for bærekraftig bruk av natur, slik som krav om kunnskap, føre-var-prinsippet, økosystemtilnærming og samlet belastning. Lovens virkeområde er i utgangspunktet ut til grensen for territorialfarvannet, men lovens prinsipper gjelder også utenfor dette området, jf. § 2. På kontinentalsokkelen gjelder blant annet forvaltningsmålene i §§ 4 og 5 og prinsippene i §§ 7 til 10 så langt de passer. Naturmangfoldloven virker sammen med andre lover, og lovens prinsipper skal legges til grunn som retningslinjer ved beslutninger som berører natur.

Ved kunnskapsmangel og tvil om konsekvensene for miljøet må føre-var-prinsippet legges til grunn, jf. lovens § 9. Føre-var-prinsippet er en retningslinje for hvordan myndighetene skal håndtere slik tvil. Kjernen i denne normen er at man skal forsøke å unngå mulig skade på naturmangfold selv om kunnskapen om risiko er mangelfull. Dette vil i mange sammenhenger bety at man skal avstå fra aktivitet dersom konsekvensene ved den er ukjent.

Det kan stilles spørsmål ved om prinsippene i naturmangfoldloven om kunnskapsgrunnlag, føre-var og samlet belastning er tatt tilstrekkelig hensyn til. At området som eventuelt skal åpnes er så stort, øker risikoen for irreversibel skade og styrker plikten til å ta en føre-var-tilnærming.

4.3 Naturavtalen

Det globale Kunming-Montreal-rammeverket for naturmangfold (Naturavtalen) ble vedtatt i desember i fjor på partsmøtet under FNs konvensjon om biologisk mangfold. Naturavtalen inneholder blant annet et mål om at minst 30 prosent av land og hav på jorden skal bevares innen 2030 og et mål om at all natur skal forvaltes bærekraftig. I avtalen er det også et mål om at 30 prosent av naturen som i dag er ødelagt skal restaureres innen 2030.

Avtalen legger opp til at landene innen neste partsmøte i 2024 skal legge frem nasjonale handlingsplaner for naturmangfold i overensstemmelse med naturavtalen og dens globale mål. Regjeringen vil gjøre dette i form av en stortingsmelding.

I lys av Norges forpliktelser etter naturavtalen er det behov for å vurdere bevaring av norske havområder. Dette bør sees i sammenheng med vurderingen av en eventuell åpning etter havbunnsmineralloven. Dette har også blitt påpekt av flere høringsinstanser, som Miljødirektoratet. Til det har OED bemerket at målet er globalt, hvilket innebærer at det ikke vil kreves at 30 prosent av norske land- og havområder bevares. Etter vårt syn er dette en defensiv tilnærming, som også sender et uheldig signal internasjonalt om hvordan Norge tenker når det gjelder oppfyllelsen av pliktene under naturavtalen.

4.4 Oppsummering

På bakgrunn av en helhetsvurdering er det vår oppfatning at kravene til konsekvensutredning etter havbunnsmineralloven § 2-2 ikke er oppfylt. Selv om det i stor grad er overlatt til myndighetenes skjønn å beslutte åpning, herunder å veie ulike interesser mot hverandre, fastsetter bestemmelsen noen rettslige minstestandarder som må være møtt. Utredningen skal belyse virkningene av en åpning for miljøet og antatte næringsrelaterte, økonomiske og sosiale virkninger. For å møte dette kravet må en konsekvensutredning være tilstrekkelig detaljert til at den er egnet til å legges til grunn som beslutningsgrunnlag for åpning. Foreliggende konsekvensutredning oppfyller etter vårt syn ikke dette kravet, da den har en for overordnet og generell tilnærming til de miljømessige konsekvensene. Dette

forsterkes av områdets størrelse, og at utredningen i for liten grad har tatt hensyn til lokale miljømessige forhold som vil variere over det store området som foreslås åpnet.

Dette støttes av rettspraksis og særlig argumentasjonen til Høyesteretts flertall i klimadommen som viser til at det kreves et solid beslutningsgrunnlag i saker som har store samfunnmessige konsekvenser, og at det stilles klare krav til grundigheten av kunnskapsgrunnlaget før en åpning. Argumentasjonen har stor overføringsverdi også til mulig fremtidig mineralutvinning på havbunnen da havbunnsmineralloven er bygget på petroleumslovens system, og at det også, i likhet med petroleumsvirksomhet, har potensielt store konsekvenser for miljø og samfunn. Høyesterett uttalte seg også om betydningen av en åpningsbeslutning og fremhevet at en åpningsbeslutning bygger på premisset om en interesseavveining i favør av fremtidig aktivitet. Konsekvensutredningen kan derfor ikke være generell og overordnet, men tilstrekkelig detaljert til at beslutningstakere og allmennheten har en reell mulighet til å gjøre gode avveininger.

Det kan stilles spørsmål ved om prinsippene i naturmangfoldloven om kunnskapsgrunnlag, føre-var og samlet belastning er tatt tilstrekkelig hensyn til. At området som eventuelt skal åpnes er så stort, øker risikoen for irreversibel skade og styrker plikten til å ta en føre-var-tilnærming.

Manglene med kunnskapsgrunnlaget påberopes også av Miljødirektoratet i deres høringsuttalelser. Miljødirektoratet er forvaltningens øverste fagorgan for miljømessige vurderinger, og skal som faginstans for miljø særlig høres hva gjelder miljørettslig argumentasjon. Det er oppsiktsvekkende at direktoratets tydelige vurderinger og klare anbefalinger har blitt satt til side i en sak med så store potensielle miljøkonsekvenser.

5 NORGES FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSER

5.1 Innledning

Folkeretten pålegger Norge en rekke plikter, herunder plikter til å gjennomføre konsekvensutredninger, offentliggjøre miljøinformasjon og til å forhindre grenseoverskridende skade.⁶ I Norge har vi et såkalt dualistisk system. Det betyr at i norsk rett må folkeretten gjennomføres for å bli del av norsk rett. Det betyr videre at man i norske domstoler ikke kan påberope folkerettslige forpliktelser som direkte rettsgrunnlag. Norges folkerettslige forpliktelser har i norsk rett likevel stor betydning for tolkning av norsk rett som følge av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet er et prinsipp i jussen som handler om at man legger til grunn at norsk rett er i overensstemmelse med folkeretten. Domstolene etterlever i stor grad dette prinsippet ved å tolke norske lovbestemmelser i henhold til Norges folkerettslige forpliktelser.

Fremstillingen av folkerettslige forpliktelser i det følgende vil være relevante for forståelsen og tolkningen av kravene til for eksempel gjennomføring og innhold i konsekvensutredninger etter norske bestemmelser. Internasjonale avtaler kan også ha egne klagemekanismer, gjennom for eksempel komite- eller domstolsbehandling. Fremstillingen nedenfor belyser også disse mulighetene.

5.2 Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen

5.2.1 Innledning

Espoo-konvensjonen og dens tilleggsprotokoll, SEA-protokollen, er internasjonale instrumenter som stiller krav til dens medlemsparter om gjennomføring av miljøkonsekvensutredninger (EIA) og

⁶ Takk til førsteamanuensis Dr. Erik Jaap Molenaar, Netherlands Institute for the Law of the Sea (NILOS), Utrecht University, for bidrag til dette kapitlet.

strategiske miljøkonsekvensutredninger (SEA) i visse gitte situasjoner. Norge er part i både Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen. Et hovedskille mellom disse to går på utredning på plannivå og prosjektnivå. SEA-protokollen gir regler for konsekvensutredninger av de trinn i beslutningsprosessen som kommer før prosjektstadiet, og er dermed av større relevans for en åpningsbeslutning enn kravene etter Espoo-konvensjonen. Sistnevnte behandles likevel kort nedenfor fordi den i denne sammenheng er særlig relevant i forhold til tilgjengelige tvistemekanismer.

5.2.2 Espoo-konvensjonen

Espoo-konvensjonen er en FN-konvensjon framforhandlet under FNs økonomiske kommisjon for Europa (ECE) for å få til en rammeavtale for bruk av konsekvensutredninger ved grensekryssende miljøproblemer.⁶ Espoo-konvensjonen ble ratifisert av Norge i 1993, og trådte i kraft 10. september 1997. Konvensjonen forplikter partene til å varsle nabostater om planleggingen av nærmere angitte tiltak som kan få grenseoverskridende miljøvirkninger. Konvensjonen innebærer også en forpliktelse til å inkludere myndigheter og befolkning i berørte stater i konsekvensutredningsprosessen, når en aktivitet "is likely to cause significant adverse transboundary impact", jf. artikkel 2. Partene skal treffe "alle nødvendige og effektive tiltak for å forhindre, redusere og kontrollere vesentlige, negative grenseoverskridende miljøvirkninger fra påtenkt virksomhet", jf. artikkel 2 nr. 1. Konvensjonen bygger på at statene skal beholde sine respektive miljøkonsekvensutredningssystem, men pålegger likevel medlemsstatene å følge visse minstekrav etter konvensjonen.⁷

Disse pliktene vil først og fremst aktualiseres dersom det etter en åpningsbeslutning iverksettes aktivitet i form av undersøkelser eller utvinning.

5.2.3 SEA-protokollen

Espoo-konvensjonen ble i 2003 supplert med en tilleggsprotokoll om strategisk miljøkonsekvensutredning (SEA-protokollen) og utfyller Espoo-konvensjonen, og til dels Århuskonvensjonen, ved at den gir regler for konsekvensutredninger av de trinn i beslutningsprosessen som kommer før prosjektstadiet.⁸ I motsetning til Espoo-konvensjonen avgrensar ikke protokollen konsekvensutredningskravet til å kun gjelde for tiltenkte aktiviteter som kan ha grenseoverskridende virkninger. Det kreves også gjennomføring av en konsekvensutredning når det er sannsynlig at en aktivitet vil ha "significant environmental, including, health effects", jf. SEA-protokollen artikkel 4 nr. 1.

SEA-protokollen styrker pliktene til å sikre konsultasjon, deling av informasjon, hensynta mottatte innspill samt til å vurdere mindre inngripende tiltak. Gruvedrift er spesifikt nevnt som en sektor hvor strategisk miljøkonsekvensutredning er påbudt på plan- og programstadiet, jf. artikkel 4(2) i SEA-protokollen. Oppsummert er kravene etter SEA-protokollen følgende:

- Plikt til å gjennomføre strategisk miljøkonsekvensutredning når en aktivitet vil ha "significant environmental, including, health effects".
- Plikt til å utarbeide et konsekvensutredningsprogram.
- Konsekvensutredningen skal identifisere, beskrive og vurdere sannsynlige miljøvirkninger, og skal inneholde så mye informasjon som "may reasonably be required".
- Plikt til å sørge for tidlig, rettidig og effektiv mulighet for offentlig deltagelse

⁷ UNECE Convention on the Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Espoo, Finland 25. februar 1991.

⁸ Sigrud Eskeland Schütz, Miljøkonsekvensutgreiing av planar og tiltak Plan- og bygningslova kap VII-a i lys av EOS- direktiv 85/337 og 2001/42, Avhandling for graden doctor juris (dr.juris), universitetet i Bergen, 2007.

⁹ Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Kiev 21. mai 2003. Signert av Norge samme dag.

- Plikt til å ta vesentlig hensyn til;
 - (i) de utvalgte myndigheters konklusjoner i aktuelle miljørapporter,
 - (ii) de forebyggende tiltakene for å hindre eller begrense skadevirkningene som er fastlagt i miljørapporten, og,
 - (iii) andre øvrige innkomne merknader fra både allmennheten og andre stater
- Plikt til å overvåke og offentliggjøre sannsynlige miljø- og helsevirkninger av tiltenkte aktiviteter.

Manglende overholdelse av Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen kan etterforskes av "the Implementation Committee", basert på en klage fra en part, innspill fra sivilsamfunnet eller tiltak fra Norge selv. Norge risikerer altså etterforskning fra denne komiteen, på linje med andre land som er omfattet av disse instrumentene. Dette kan for eksempel skje dersom Norge klages inn under henvisning til at konsekvensutredningen knyttet til mineralutvinning på havbunnen ikke er tilstrekkelige som grunnlag for en åpningsbeslutning.

5.3 Århuskonvensjonen

Konvensjon av 25. juni 1998 om tilgang til miljøinformasjon, allmennhetens deltakelse i beslutningsprosesser og adgang til klage og domstolsprøving på miljøområdet (Århuskonvensjonen),⁹ er i norsk rett implementert gjennom miljøinformasjonsloven. Den overordnede målsettingen med Århuskonvensjonen er å styrke retten den enkelte har til å leve i et miljø som sikrer helse og trivsel, og framhever tilgangen til miljøinformasjon sammen med andre prosessuelle rettigheter som virkemidler for ivaretagelse av de mer materielle rettighetene til miljø og helse. Konvensjonen trådte i kraft 30. oktober 2001.

Århuskonvensjonen består av tre pilarer: 1) tilgang til miljøinformasjon, 2) deltakelse i beslutningsprosesser, og 3) adgang til klage og domstolsprøving på miljøområdet. Århuskonvensjonen er unik som miljøkonvensjon ved at den gir borgerne miljørettigheter. Dette omfatter retten til informasjon, deltagelse i beslutningsprosesser og adgang til rettsmidler.

Konvensjonen innebærer altså ikke en plikt til å konsekvensutrede, men for at konvensjonens rettigheter skal være reelle og effektive må man se dem i sammenheng med forpliktelser til å utrede miljøkonsekvenser. Når det gjelder retten til informasjon er dette særlig tydelig: Dersom myndighetene mottar en innsynsforespørsel om miljøinformasjon som ikke foreligger hos dem, kan de avslå begjæringen om innsyn, jf. artikkel 4(3) a. Et viktig spørsmål er derfor hvilken informasjon myndighetene har en plikt til å ha eller skaffe til veie. Etter artikkel 5 (1) a, skal myndighetene "possess and update environmental information relevant to their field". Konvensjonen svarer imidlertid ikke på hva som vil være miljøinformasjon som er "relevant to their field". Det er derfor nødvendig å se hen til Espoo-konvensjonen og andre utredningsforpliktelser. Dersom en stat ikke har overholdt pliktene etter Espoo-konvensjonen og SEA-protokollen knyttet til innholdet i utredningsplikten, taler dette derfor for at heller ikke bestemmelsene i Århuskonvensjonen er overholdt. Dette åpner for å benytte Århuskonvensjonens bestemmelser om klage og domstolsprøving.

¹⁰ Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, vedtatt 30. oktober 2001 i Århus, i kraft 31. juli 2003.

5.4 Havrettskonvensjonen

5.4.1 Innledning

FNs havrettskonvensjon av 1982 er en global konvensjon som regulerer rettsordenen for alle havområder. Traktaten regulerer de ulike maritime soner og staters rettigheter og forpliktelser i disse. Som part i havrettskonvensjonen pålegges Norge en rekke plikter. Dette inkluderer plikten til å beskytte og bevare det marine miljøet.

5.4.2 Plikt til å ikke forårsake grenseoverskridende skade

Plikten til å verne og bevare det marine miljøet er nedfelt i konvensjonens del XII. Plikten statueres i generalbestemmelsen i artikkel 192 som sier at statene har en plikt til å "protect and preserve the marine environment". Bestemmelsen etablerer en generell plikt som gjelder for alle stater på tvers av maritime soner, inkludert på havbunnen. Den må leses i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i del XII som redegjør for det nærmere innholdet i plikten, herunder plikten i artikkel 194 til å treffe alle nødvendige tiltak for å hindre, begrense og kontrollere forurensning av det marine miljøet fra enhver kilde. Artikkel 194(2) fastsetter plikten til å ikke forårsake grenseoverskridende skade:

Statene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å sikre at virksomhet under deres jurisdiksjon eller kontroll utøves på en slik måte at andre stater eller deres miljø ikke påføres skade ved forurensning, og at forurensning som skyldes hendelser eller virksomhet under deres jurisdiksjon eller kontroll, ikke spres utenfor de områder der de utøver suverene rettigheter i samsvar med denne konvensjon.

Når det gjelder "forurensingsskade på andre stater eller deres miljø", dekker dette ikke bare de maritime sonene til andre stater som er umiddelbart tilstøtende til det foreslåtte området, men ordlyden åpner for at også områder lenger unna omfattes. Dette kan aktualiseres dersom mineralutvinning på havbunnen har negative virkninger på marine arter med stor utbredelse, som for eksempel marine pattedyr, tunfisk og tunfiskarter, pelagiske arter som sild, makrell og blåhvitling, og atlantisk laks.

Videre må referansen til "utenfor de områder der de utøver suverene rettigheter" forstås ikke bare i et horisontalt perspektiv, men også gjelde i et vertikalt perspektiv. Det innebærer at mineralutvinning på havbunnen på norsk sokkel som ligger under havområder/havsøyler som er åpent hav, som for eksempel smutthavet, plikter Norge å gjennomføre aktiviteten på en slik måte at den ikke krenker andre staters interesser og rettigheter i disse områdene.

Plikten til å ikke forårsake grenseoverskridende skade vil i utgangspunktet først tenkes aktualisert idet aktivitet iverksettes. Plikten har imidlertid også betydning for åpningsprosessen ved at den gir føringer om hvem som bør konsulteres, herunder aktører som har interesser i områder som ligger over norsk sokkel men som er en del av det åpne hav.

5.4.3 Plikt til å gjennomføre konsekvensutredninger

Havrettskonvensjonen artikkel 206 pålegger statene en plikt til å gjennomføre konsekvensutredninger og kommunisere resultatene når statene har "rimelig grunn til å tro at planlagt virksomhet under deres jurisdiksjon eller kontroll kan føre til betydelig forurensning av eller vesentlige og skadelige forandringer i det marine miljøet". Denne plikten gjelder både fare for forurensning eller skader på det marine miljøet under norsk jurisdiksjon, og for forurensning eller skader på det marine miljøet under andre staters jurisdiksjon og områder utenfor noen staters jurisdiksjon. Dette er blant annet slått fast av den internasjonale havrettsdomstolen (ITLOS) i sin rådgivende uttalelse fra 2011 om "[s]taters ansvar og forpliktelser i forhold til personer og enheter som støtter aktiviteter på havbunnen", hvor

ITLOS uttaler at forpliktelsen til å gjennomføre EIAs i henhold til sedvaneretten også gjelder for aktiviteter som kan føre til virkninger i områder utenfor nasjonal jurisdiksjon.

Ordlyden i artikkel 206 er generell og det er vanskelig å lese at den oppstiller materielle krav til gjennomføring av konsekvensutredning. Havrettskonvensjonen er en rammekonvensjon, som angir overordnede bestemmelser som statene forpliktes til å utvikle videre gjennom regionale og/eller internasjonale avtaler eller samarbeid. Slik kan havretten tilpasses samfunns- og naturendringer uten at konvensjonen endres. Havrettskonvensjonen skal derfor tolkes i lys av andre bestemmelser.

I forhold til kravet om gjennomføring av konsekvensutredninger er særlig bestemmelsene i konvensjonen om biologisk mangfold (CBD) relevante.¹⁰ Artikkel 14(1)a) jf. artikkel 7c), presiserer plikten til å gjennomføre konsekvensutredninger der planlagt aktivitet antas å ha betydelige uheldige virkninger for biologisk mangfold. Bestemmelsene i CBD og tilhørende retningslinjer er ikke begrenset til nabostater til den aktuelle aktivitet, men dekker negative virkninger på biologisk mangfold i andre stater og i områder utenfor staters jurisdiksjon. Dette gjør at det ikke vil være tilstrekkelig å bare konsultere Island og Danmark, slik norske myndigheter har gjort, men at Norge plikter å konsultere også andre stater der det er fare for at mineralutvinning på havbunnen kan ha en negativ effekt på biodiversiteten.

19. juni 2023 ble det vedtatt en tilleggskonvensjon til havrettskonvensjonen, den såkalte BBNJ-avtalen.¹¹ Norge har allerede signert. BBNJ-avtalen inneholder også relevante bestemmelser knyttet til konsekvensutredninger, herunder i forhold til planlagte aktiviteter "som skal gjennomføres i marine områder innenfor nasjonal jurisdiksjon" som "kan forårsake betydelig forurensning eller betydelige og skadelige endringer i det marine miljøet" i områder utenfor nasjonal jurisdiksjon, jf. Artikkel 28(2). Bestemmelsen forsterker og tydeliggjør ansvaret en stat har til å utrede ikke bare i forhold til mulig skade i andre staters tilliggende områder, men at også konsekvensene for områder lengre bort og områder utenfor nasjonal jurisdiksjon skal vurderes.

5.4.4 Plikter knyttet til forvaltning av sokkelen

Havrettskonvensjonen artikkel 208(1) plikter kyststater til å "vedta lover og forskrifter for å hindre, begrense og kontrollere forurensning av det marine miljøet som er en følge av eller har sammenheng med havbunnsvirksomhet underlagt deres jurisdiksjon". I artikkel 208(1) sies det videre at "lover, forskrifter og tiltak skal ikke være mindre effektive enn internasjonale regler, standarder og anbefalte framgangsmåter og prosedyrer." Lovgivningsteknikken havrettskonvensjonen bruker her er en såkalt "rule of reference", som innebærer at mer spesifikk lovgivning på området utviklet av andre internasjonale organer utfyller forpliktelsen etter havrettskonvensjonen.

Henvisningen til "internasjonale regler, standarder og anbefalte framgangsmåter og prosedyrer" vil inkludere ISAs Mining Code. En strengere Mining Code fra ISA har dermed direkte konsekvenser for pliktene etter nasjonal rett, da havrettskonvensjonen artikkel 208 som nevnt ovenfor pålegger at disse "ikke skal være mindre effektive enn" internasjonale regler. Referansereglene i artikkel 208(3) vil dermed kunne ha implikasjoner for Norge dersom ISA vedtar en midlertidig stans eller føre-var-pause for gruvedrift på havbunnen. Det er pågående diskusjoner i ISA om videreutvikling av rammeverket for gruvedrift på sokkel utenfor staters jurisdiksjon (the Area).

¹¹ Convention on Biological Diversity, Nairobi, 22 May 1992. In force 29 December 1993, 1760 UNTS 143.

¹² Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, doc. A/CONF.232/2023/4, of 19 June 2023.

Forholdet mellom havrettskonvensjonen artikkel 77 som fastslår kyststatens suverene rettigheter til ressursutnyttelse på egen kontinentalsokkel, og artikkel 208 som fastslår plikt til å hindre forurensning av havbunnsvirksomhet i tråd med internasjonale regler, har ikke vært behandlet før. Det er således ikke gitt hvilken av disse bestemmelsene som har forrang i de tilfeller hvor de oppstiller samtidige motstridende plikter og rettigheter. Et midlertidig moratorium fra ISA vil uansett være et sterkt signal om hva som er den internasjonale rettslige utviklingen og forventningen, og kan dermed ha ikke bare rettslige implikasjoner, men også store omdømmemessige utfordringer for Norge.

5.4.5 *Tvisteløsning*

Havrettskonvensjonen åpner for bruk av ulike tvisteløsningsorganer, som Den internasjonale domstolen, internasjonal voldgift eller Havrettsdomstolen. Havrettskonvensjonens tvisteløsningssystem gir partene som en generell regel, med noen unntak, anledning til å bringe saker inn for internasjonal domstoler og voldgiftsretten med mulighet for bindende avgjørelser mot andre parter uten deres samtykke. Det er bare stater som kan være part i Havrettskonvensjonen, og det er følgelig bare stater som er part i havrettskonvensjonen som kan benytte konvensjonens tvistemekanismer.

5.5 **OSPAR-konvensjonen**

Konvensjonen om bevaring av det marine miljøet i Nordøst-Atlanteren (OSPAR-konvensjonen) ble vedtatt 22. september 1992 og trådte i kraft 25. mars 1998.¹² Norge er en av 15 stater, i tillegg til EU som er part i konvensjonen. Konvensjonen regnes for å være "det primære instrument i den nordøstatlantiske region når det gjelder gjennomføringen av miljøbestemmelsene i Havrettskonvensjonen del XII".¹³

Konvensjonens geografiske virkeområde strekker seg til østkysten av Grønland i vest, sør til Gibraltarstredet, og til Nordpolen i Nord.¹⁴ Det maritime området er videre delt inn i fem regioner, der de arktiske havområdene, Region I, utgjør den nordligste delen av OSPAR-regionene. Det foreslåtte området for mineralutvinning på havbunnen ligger innenfor konvensjonens Region I.

OSPAR-konvensjonen artikkel 2(1)a), slår fast at avtalepartene er forpliktet til å beskytte det marine miljøet i områder både innenfor og utenfor deres jurisdiksjon. Sammenlignet med havrettskonvensjonen synes OSPAR å fastsette tydeligere forpliktelser til å beskytte det marine miljøet gjennom å pålegge medlemsstatene å bevare marine økosystemer, jf. artikkel 2(1)a), og til å anvende føre-var prinsippet, jf. artikkel 2(2)a).

Konvensjonens annekse III, "On the Prevention and Elimination of Pollution from Offshore Sources", inneholder detaljerte og strenge krav, men disse gjelder likevel bare for petroleumsvirksomhet. Selv om det er nærliggende at mineralutvinning på havbunnen kan identifiseres som en menneskelig aktivitet i henhold til vedlegg 3 under annekse V, har partene i OSPAR-konvensjonen enda ikke tatt konkrete skritt i retning av å vedta programmer og reelle tiltak i relasjon til denne type aktivitet. Hvis mineralutvinning på havbunnen skulle forekomme i OSPAR-konvensjonens marine verneområder, ville det imidlertid bli omfattet av konvensjonens Annekse IV, "On the Assessment of the Quality of the Marine Environment".

¹³ Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, Paris, 22 September 1992. In force 25 March 1998; 2345 UNTS 67, as amended. Annex V 'On the Protection and Conservation of the Ecosystems and Biological Diversity of the Maritime Area', Sintra, 23 September 1998. I kraft 30 august 2000.

¹⁴ NOU 2005:10 side 264 - 265

¹⁵ OSPAR-konvensjonen artikkel 1(a)

Til tross for nyere utvikling under OSPAR-konvensjonen med hensyn til etablering av et nettverk av marine verneområder utenfor nasjonal jurisdiksjon, har det fremdeles ikke blitt etablert marine verneområder på åpent hav innenfor de arktiske havområder, herunder innenfor nevnte Region I. Området som Norge har foreslått i forbindelse med mineralutvinning på havbunnen er følgelig heller ikke omfattet av noen av OSPAR-konvensjonens marine verneområder. Det har gjentatte ganger blitt tatt initiativ til å etablere en "Arctic Ice High Seas MPA",¹⁵ men arktiske stater som Norge, Island og Danmark har så langt vært motstandere av et slikt forslag.

5.6 Oppsummering

Gjennomgangen viser at mangler ved konsekvensutredning også innebærer brudd på flere av Norges folkerettslige forpliktelser. Det følger både av SEA-protokollen etter Espoo-konvensjonen og havrettskonvensjonens bestemmelser en plikt til å gjennomføre konsekvensutredninger på plannivå. Sammenlignet med pliktene etter havbunnsmineralloven og KU-forskriften er pliktene etter de folkerettslige instrumentene til dels mer generelt formulerte. Det betyr at der det konstateres brudd etter norske internrettslige regler er sannsynligheten stor for at dette også innebærer brudd på norske folkerettslige forpliktelser. Samtidig har både SEA-protokollen og havrettskonvensjonen selvstendig betydning ved at de informerer tolkningen av de norske internrettslige bestemmelsene. I lys av folkeretten fremstår det for eksempel tydelig at plikten til å konsultere også må hensynta risiko for skade på det marine miljøet, herunder på naturmangfoldet, som kan oppstå i områder utenfor de som grenser til det foreslåtte åpnede området. Det presiseres også at man i vurderingen av hvem som er mulige interessenter må hensynta havrettens system med ulike soner. Dette betyr at en konsekvensutredning må hensynta at deler av det foreslåtte området ligger på norsk sokkel under havområder som ikke ligger under norsk jurisdiksjon.

Internasjonal rett er i utvikling. Havrettskonvensjonen funksjon som rammekonvensjon og bruk av "rules of reference" gjør at den er dynamisk og utvikles i takt med øvrig internasjonal rett. Et fremtidig rammeverk med et eventuelt moratorium for mineralutvikling på sokkelen utenfor staters jurisdiksjon (the area) vil også få betydning for norske myndigheters rettigheter og plikter knyttet til fremtidig mineralutvikling på norsk sokkel.

Brudd på Norges internasjonale forpliktelser kan også gi tilgang til de enkeltes konvensjoners tvistemekanismer. For de fleste av de omtalte konvensjoner, med noen unntak, er det stater som er parter. Det er da primært stater som har adgang til å klage andre parter inn ved brudd på konvensjonens forpliktelser.

6 BETYDNINGEN AV SVALBARDTRAKTATEN

Deler av området som er identifisert i høringsnotatet for åpning, er norsk kontinentalsokkel som ligger under fiskevernsonen ved Svalbard. Spørsmålet som da oppstår er om Svalbardtraktaten får anvendelse for denne delen.¹⁶ Betydningen av å si at Svalbardtraktaten også gjelder for aktivitet i

¹⁶ Biodiversity Committee, Meeting of the Biodiversity Committee (BDC), Cork, Irland: 2-6 March 2015, punkt 5.22; Intersessional Correspondence Group, Meeting of the Intersessional Correspondence Group on Marine Protected Areas (ICG-MPA), Lisbon, Portugal: 13-15 October 2015, punkt 4.3; Biodiversity Committee, Meeting of the Biodiversity Committee (BDC), Gothenburg, Sweden: 29 February-4 March 2016, punkt 5.8

¹⁷ Traktat mellom Norge, Amerikas Forente Stater, Danmark, Frankrike, Italia, Japan, Nederlandene, Storbritannia og Irland og de britiske oversjøiske besiddelser og Sverige angående Spitsbergen, vedtatt 9. Februar 1920, i kraft 14. August 1925.

fiskevernsonen og på kontinentalsokkelen under, er at likebehandlingsregelen da kommer til anvendelse.

Spørsmålet om Svalbardtraktaten gjelder for områder utenfor Svalbards territorialfarvann, herunder i fiskevernsonen og på kontinentalsokkelen under, har nettopp vært gjenstand for behandling av Høyesterett i den såkalte snøkrabbesaken (HR-2023-491-P). Høyesterett konkluderte med at Svalbardtraktaten bare gjelder på Svalbards landterritorium og i Svalbards indre farvann og sjøterritorium (12 nm fra grunnlinjen).

Det er imidlertid ikke alle stater og internasjonale fagmiljøer som er enige med Norges forståelse og anvendelse av Svalbardtraktaten, herunder Storbritannia og Nederland. Disse statene argumenterer for at Svalbard generer alle de vanlige maritime soner under havrettskonvensjonen, herunder både økonomisk sone og egen kontinentalsokkel, og at Svalbardtraktaten gjelder også for disse. I samsvar med dette hevder disse statene at traktatens bestemmelser som gir kontraherende parter rettigheter til å delta i aktiviteter som jakt og fiske (Artikkel 2) gjelder, samt forpliktelsen i Artikkel 8(2) om at "skatter, avgifter og plikter som pålegges, skal utelukkende benyttes til de nevnte områdene og skal ikke overstige det som er nødvendig for det angjeldende formål." Også dommen i høyesterett viser at det finnes andre juridiske argumenter som kan tale for motsatt argumentasjon.

Det har hittil ikke vært noen saker om tolkningen av Svalbardtraktatens virkeområde mellom Norge og andre stater. Svalbardtraktaten har ingen egen mekanisme for tvisteløsning og etablerer heller ingen institusjoner. Dette betyr at det er nødvendig med et annet rettsgrunnlag for tvisteløsning. Island vurderte å bringe en sak om fiske og Svalbardtraktaten mot Norge for Den internasjonale domstolen (ICJ) rundt 2007, muligens basert på en bilaterale avtale mellom Island og Norge, men valgte til slutt å ikke forfølge den muligheten. Hovedargumentene som partene i Svalbardtraktaten kan anføre mot Norges planer for mineralutvinning på havbunnen vil kunne være; (1) at dette vil utgjøre en trussel mot utøvelsen av deres rettigheter i henhold til Svalbardtraktaten, og (2) at de kan være i strid med artikkel 8(2).

Å legge til rette for aktivitet i dette området gjennom et åpningsvedtak vil innebære en risiko for økt friksjon og oppmerksomhet knyttet til Norges standpunkt om forståelsen av Svalbardtraktatens virkeområde og en mulighet for å bringe saken inn for internasjonale domstoler. Det er ikke gitt hva utfallet ville blitt om sistnevnte skulle skje.