



Handlingsrommet for å begrense biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje i offentlige anskaffelser

En utredning til Klima- og miljødepartementet

Advokatfirmaet Thommessen AS
April 2018

Handlingsrommet for å begrense biodrivstoff
basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje
i offentlige anskaffelser

En utredning til Klima- og miljødepartementet

Advokatfirmaet Thommessen AS
Oslo | Bergen | London



Forord

Denne utredningen er skrevet av Advokatfirmaet Thommessen AS på oppdrag fra Klima- og miljødepartementet ("KLD").

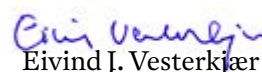
Biodrivstoff er fremhevet som en arvtaker eller delvis arvtaker til konvensjonelt biodrivstoff ut fra hensyn knyttet til energisikkerhet, ressursknapphet og begrensning av global oppvarming. Økt biodrivstoff har en rekke både positive og negative virkninger for økonomien og samfunnet for øvrig avhengig av hvordan det fremstilles, omsettes og brukes. Blant annet vil omfanget av klimagassutslippene variere avhengig av hvor store areal som tas i bruk til dyrking av råstoffer til biodrivstoff og hvilken type areal som er omarbeidet for slik dyrking.

Siktemålet med utredningen er å identifisere om, og eventuelt hvordan, staten kan begrense bruken av biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje i offentlige anskaffelser, samt vurdere ulike modeller for hvordan slike innkjøpsbegrensninger kan utformes.

Norge er bundet av EØS-avtalen som setter begrensninger på myndighetenes adgang til å begrense handelen gjennom lov, forskrift eller på annen måte. I utredningen vurderer vi hvorvidt et krav i forskrift om at det ikke skal benyttes biodrivstoff fra palmeolje eller andre spesifikke råstoff er i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet og forbud mot diskriminering, samt ikke-diskrimineringsplikten i WTO-avtalen og øvrige internasjonale handelsavtaler Norge er bundet av. Vi vil også vurdere hvilket handlingsrom EØS-avtalen og EØS-anskaffelsesreglene gir i den enkelte konkurranse til å sikre seg mot at biodrivstoff bidrar til å øke klimagassutslippene globalt. EU vedtok 26. mars 2014 nye anskaffelsesdirektiver for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU), forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU) og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU). Direktivene er gjennomført i Norge ved forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (FOR-2016-08-12-975) og forskrift om konsesjonskontrakter (FOR-2016-08-12-976). En sentral endring fra tidligere er at det nå i større grad er åpnet for å ta ikke-økonomiske hensyn ved offentlige innkjøp, herunder miljøhensyn.

Oslo, 24. april 2018


Svein Terje Tveit
Advokat


Eivind J. Vesterkjær
Advokat

Innholdsfortegnelse

Forord	5
Sammendrag	10
Del 1 Innledning	13
1 Bakgrunn for utredningen.....	13
1.1 Introduksjon.....	13
1.2 Hvorfor er biodrivstoff produsert basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje miljøskadelig?.....	14
1.3 Hvorfor er restriksjoner mot palmeolje kontroversielt?	15
1.4 Hvorfor kan et palmeoljeforbud være ulovlig?	17
2 Mandat.....	17
3 Terminologi	18
4 Kildetilfang.....	19
5 Oversikt over fremstillingen	19
Del 2A Kan regjeringen i lov eller forskrift stille krav om at det ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje?	21
1 Introduksjon	21
1.1 Regulering av miljø i EU.....	21
1.1.1 EUS miljøpolitikk.....	21
1.1.2 Miljø samarbeidet med EU er nedfelt i EØS-avtalen som en del av formålet med avtalen i artikkel 1. 21	
1.1.3 Bærekraftige anskaffelser i EU	21
1.1.3.1 Innledning	21
1.1.3.2 Bærekraftkriteriene i fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet.....	22
1.1.3.3 ILUC-direktivet.....	22
1.1.4 Betydningen for Norge som EFTA-land og EØS-avtalepart	23
1.2 Regulering av miljø i det øvrige internasjonale handelsregelverket (WTO mv)	23
1.2.1 WTO og miljø.....	23
1.2.2 EFTAs handelsavtaler og bilaterale investeringsavtaler	23
1.2.3 Norges internasjonale miljøforpliktelser	24
1.2.4 Forholdet mellom ulike regelverk i folkeretten.....	24
2 Er EØS-avtalen til hinder for et palmeoljeforbud?	24
2.1 Innledning	24
2.2 Vil et palmeoljeforbud utgjøre en restriksjon av fri bevegelse av varer eller på annen måte være i strid med EØS-avtalens forbud mot diskriminering?	25
2.2.1 EØS-avtalens anvendelsesområde	25
2.2.1.1 Oversikt	25
2.2.1.2 Nærmere om vilkåret "tiltak" – EØS art. 11	25
2.2.1.3 EØS-avtalens vareanvendelsesområde.....	25
2.2.1.4 Kravet om et grenseoverskridende element – EØS art. 11	26
2.2.2 Dersom tiltaket gjelder et fullharmonisert rettsområde vurderes lovligheten etter sekundærretten 26	
2.2.3 Restriksjonsbegrepet – vil et palmeoljeforbud utgjøre en restriksjon?	29
2.2.3.1 Overordnet.....	29
2.2.3.2 Konkret vurdering	29
2.3 Vil at palmeforbud utgjør en lovlig begrunnet restriksjon (EØS art. 13 – tvingende allmenne hensyn)?	31
2.3.1 Innledning	31
2.3.2 Er et palmeoljeforbud en opprinnelsesnøytral restriksjon (uten distinksjon mellom innenlandske og utenlandske varer)?	31
2.3.3 Rettslige rammer for prøving av tiltakets lovlighet under EØS art. 13	33
2.3.4 Tiltaket må ivareta et legitimt formål (adekvansvurdering)	33
2.3.5 Tiltaket må være egnet	34
2.3.6 Tiltaket må være nødvendig og forholdsmessig	35
2.3.6.1 Rettslig utgangspunkt	35
2.3.6.2 Statens valg av beskyttelsesnivå	36
2.3.6.3 Vurdering av om beskyttelsesnivået kan nås med tiltak som virker mindre begrensende på samhandelen (nødvendighetskriteriet).....	37
2.3.7 Vurdering av forbudet mot skjult diskriminering og konsistenskravet	44

2.4	Er EØS-avtalens regler om statsstøtte til hinder for et palmeoljeforbud?	45
2.4.1	Kommer statsstøttereglerne til anvendelse for et tiltak som er lovlig begrunnet etter EØS art. 13?	45
2.4.2	Vil forbudet utgjøre statsstøtte etter EØS art. 61?	46
2.4.2.1	Vilkårene for statsstøtte	46
2.4.2.2	Vil et forbud utgjøre et selektivt tiltak og dermed kunne utgjøre statsstøtte?	46
2.4.3	Vil forbudet utgjøre lovlig statsstøtte etter EØS art. 61 (3)?	48
2.4.3.1	Overordnet	48
2.4.3.2	Forholdsmessighet mellom støttens miljøpolitiske formål og virkning på EØS-samhandelen/ konkurransen	48
2.4.4	Oppsummering	49
2.5	Hvilke begrensninger legger EU-/EØS-anskaffelsesretten på et palmeoljeforbud?	49
2.5.1	Overordnet	49
2.5.2	Kravet om tilknytning mellom krav/kriterier i anskaffelsen og kontraktsgjenstanden hindrer ikke et palmeoljeforbud	50
2.5.3	De grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet hindrer ikke et palmeoljeforbud	50
2.6	Prosess, bevisbyrde og dokumentasjonskrav	51
3	Er det internasjonale handelsregelverket i WTO og Norges øvrige handels- og investeringsavtaler til hinder for et palmeoljeforbud?	53
3.1	Introduksjon	53
3.1.1	Forholdet mellom handelsretten og miljøretten	53
3.1.2	Miljø i WTO	54
3.1.3	Sanksjoner og håndheving av WTO-regelverket	55
3.1.4	Særlig om bevisbyrden i WTO-retten	56
3.2	Er WTO-regelverket til hinder for et palmeoljeforbud?	56
3.2.1	Innledning	56
3.2.2	Når kommer Agreement on Government Procurement (GPA) til anvendelse?	56
3.2.2.1	Innledning	56
3.2.2.2	Medlemsland	56
3.2.2.3	Sektorer	57
3.2.2.4	Terskelverdier	57
3.2.3	Når foreligger ulovlig diskriminering?	57
3.2.3.1	Innledning	57
3.2.3.2	Tiltak må gjelde omfattede anskaffelser	58
3.2.3.3	Tiltaket må være foretatt av staten	58
3.2.3.4	Omfattede anskaffelser	58
3.2.3.5	Forbud mot mindre gunstig behandling	58
3.2.4	Når kan ulovlig diskriminering forsvares?	59
3.2.4.1	Generelle unntaksbestemmelser	59
3.2.4.2	Relevante formål	60
3.2.4.3	Nødvendig	61
3.2.4.4	Ikke-diskriminerende og ikke-proteksjonistisk anvendelse	62
3.2.5	Videre handlingsrom for tekniske miljøstandarder? – særlig om GPA art. X(6)	63
3.2.5.1	Innledning	63
3.2.5.2	GPA art. X(6) som tolkningsbestemmelse	63
3.2.5.3	GPA art. X(6) som en separat unntaksbestemmelse	64
3.2.6	Forholdet til andre WTO-avtaler: GATT, TBT og SCM	65
3.2.7	Oppsummering	66
3.3	Er EFTAS handelsavtaler (27+2) til hinder for et palmeoljeforbud?	66
3.3.1	Innledning	66
3.3.2	Bestemmelser om offentlige anskaffelser	67
3.3.3	Bestemmelser om bærekraftig utvikling og miljø	67
3.3.4	Sanksjoner og håndheving av EFTAS frihandelsavtaler	67
3.3.5	Hvilke tilleggsgrensninger legger EFTAS frihandelsavtaler på Norges adgang til å innføre et palmeoljeforbud utover hva som allerede følger av WTOS GPA-avtale?	67
3.3.6	Oppsummering	68

3.4	Bilaterale investeringsavtaler (14+2)	68
3.4.1	Overordnet	68
3.4.2	Når kommer BITS til anvendelse?	68
3.4.3	Avtalene med Singapore og Ukraina: Sektorer, vilkår for anvendelse	69
3.4.4	Når foreligger ulovlig diskriminering?	69
3.4.4.1	Nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling	69
3.4.4.2	Vern mot ekspropriasjon	69
3.4.4.3	Rimelig og rettferdig behandling	71
3.4.5	Når kan ulovlig diskriminering forsvares?	71
3.4.6	Sanksjoner og håndheving: ISDS og SSDS	71
3.4.7	Oppsummering	72
3.5	Dokumentasjonskrav og risiko for søksmål i den internasjonale handelsretten	72
3.5.1	Overordnet	72
3.5.2	Hva staten må dokumentere for å begrunne et palmeoljeforbud?	73
3.5.3	Risiko for at Norge blir saksøkt som følge av et palmeoljeforbud	74
3.6	Oppsummering	74
Del 2B	Kan regjeringen innføre en retningslinje eller policy om at det i offentlige anskaffelser ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, og i så fall: hvordan bør en retningslinje utformes?	76
1	Introduksjon	76
2	I hvilken grad vil en policy eller retningslinje redusere risikoen for at tiltaket er ulovlig under EØS-avtalen og frihandelsreglene?	76
2.1	Vurdering under EØS-avtalens regler om fri bevegelse	76
2.2	Vurdering under frihandelsreglene	77
3	Hvordan kan en retningslinje utformes?	77
4	Alternativer til et palmeoljeforbud	78
4.1	Innledning	78
4.2	Er det mulig å stille høyere krav til reduserte livsløpsutslipp enn minstekravet som følger av bærekraftskriteriene for biodrivstoff?	78
4.3	Er det mulig å stille krav til livsløpsutslipp som inkluderer indirekte arealbruksendringer for biodrivstoffet som skal benyttes? I så fall hvordan? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse	78
4.4	Er det mulig å skille mellom bruk av konvensjonelt og avansert biodrivstoff innenfor et offentlig kjøp? Kan det stilles et spesifikt krav om avansert biodrivstoff? Kan dette alternativt innrettes slik at bruk av avansert biodrivstoff belønnes ekstra i en miljøvektning av anbud? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse	79
4.5	Kan man gjennom andre anskaffelsesmetoder eller –verktøy (LCC, funksjonskrav, vektning av tildelingskriterier, o.l.) sikre seg at man ikke må kontrahere et kjøp som bidrar til netto globale tilførsler av klimagasser? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse	79
4.6	Er det mulig å be om at varen som tilbys skal være produsert på en måte som ikke har bidratt til å rydde nye skogområder eller torvmyrer i utviklingsland?	79
4.7	Er det mulig å be om at tilbydere skal ha en policy om null avskoging?	80
4.8	Er det mulig å be om at avskogingsdrivende råvarer skal kunne spores tilbake til produksjonsstedet?	80
Del 3	Hvilket handlingsrom har den enkelte innkjøper til å sikre seg mot at biodrivstoff ikke bidrar til å øke klimagassutslippene globalt?	81
1	Innledning	81
1.1	Problemstilling	81
1.2	Miljøpolitikk og anskaffelsesdirektivene	81
1.3	Miljø og det norske anskaffelsesregelverket	82
1.4	Miljø i WTOS anskaffelsesregelverk	83
2	Oppdragsgivers handlingsrom knyttet til innkjøpsbeslutningen (kjøpe eller ikke kjøpe)	84
3	Oppdragsgivers handlingsrom knyttet til kvalifikasjonskrav eller kontraktskrav	84
4	Tildelingskriterier i konkurransen	86

5	Særlig om statsstøtte – begrensning av handlingsrommet?	87
5.1	Overordnet	87
5.2	I hvilken grad begrenser statsstøttoreglene oppdragsgiveres handlingsrom til å sette kvalifikasjons- og/eller kontraktskrav knyttet til å begrense biodrivstoff basert på palmeolje?	88
5.3	I hvilken grad begrenser statsstøttoreglene oppdragsgiveres handlingsrom til å oppstille tildelingskriterier som hensyntar hvorvidt biodrivstoffet er basert på palmeolje?	89
5.4	Oppsummering	90
6	Åpner anskaffelsesregelverket for å fastsette palmeoljeforbud i forskrift?	90
6.1	Innledning	90
6.2	De generelle rammene for utforming av forskrifter	90
6.3	Rekkevidden av forskriftsadgangen i lov om offentlige anskaffelser	91
6.3.1	LOA § 5	91
6.3.2	LOA § 16	92
6.4	Konkret vurdering av forskriftshjemmel for palmeoljeforbudet	93

Sammendrag

Siktemålet med utredningen har vært å identifisere om, og eventuelt hvordan, staten kan begrense bruken av biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje i offentlige innkjøp. I utredningen behandles spørsmålet om regjeringen gjennom forskrift til lov om offentlige anskaffelser kan stille krav om at det ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, eller eventuelt om regjeringen kan gi en retningslinje eller policy om det samme. Videre vurderes hvilke muligheter oppdragsgiver har innenfor rammen av gjeldende anskaffelsesregelverk til å sikre seg mot at biodrivstoff ikke bidrar til å øke klimagassutslippene globalt.

Utredningens konklusjon er at et palmeoljeforbud vil kunne være lovlig etter EØS-avtalen, WTOS regelverk om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen) og de relevante handelsavtalene til EFTA og investeringsavtalene til Norge, så lenge staten kan dokumentere med en tilstrekkelig tyngde at produksjon av biodrivstoff basert på palmeolje fører til større klimagassutslipp enn andre typer biodrivstoff. Dersom staten kun kan dokumentere det mindre, nemlig at produksjon av biodrivstoff basert på palmeolje fører til avskoging og/eller på annen måte høye klimagassutslipp, uten at dette nødvendigvis skjer i større grad enn for andre typer biodrivstoff, er det mer usikkert om forbudet vil være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Usikkerheten er etter vår vurdering særlig knyttet til GPA-avtalen, hvor det hittil ikke finnes noen praksis – og hvor spørsmålet kun kommer på spissen dersom et medlemsland reiser sak mot Norge.

Dokumentasjonskravet gjelder både utformingen og oppfølgingen av tiltaket. Her ligger en usikkerhet knyttet til sikker og tilstrekkelig informasjon fra markedet om avskogings- og klimagassutslippskonsekvensene av produksjon av palmeoljebasert biodrivstoff. Departementet bør foreta eller innhente en selvstendig naturvitenskapelig utredning av miljøkonsekvensene av palmeoljebasert biodrivstoffproduksjon, samt en vurdering av hvordan disse konsekvensene stiller seg opp mot tilsvarende virkninger av annen biodrivstoffproduksjon. Dersom også de naturvitenskapelige forutsetningene for å innføre et palmeoljeforbud er til stede, er det i første rekke et politisk spørsmål hvor ambisiøs klimapolitikk Norge ønsker å ha sammenlignet med andre land. Uavhengig av lovligheten av tiltaket må det forventes at et palmeoljeforbud eller lignende tiltak vil bli vurdert kritisk i media og av næringsliv og stater med økonomiske interesser i saken.

Av vår konklusjon følger at regjeringen etter de samme regler og basert på samme dokumentasjon

også kan velge å gjøre det mindre, for eksempel ved å innføre en retningslinje eller policy om begrensning av palmeolje i offentlige innkjøp underlagt anskaffelsesreglene. EØS-avtalens regler om fri bevegelse er tilsvarende ikke til hinder for at den enkelte innkjøper forbyr eller lar være å kjøpe biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje i den enkelte anskaffelse, forutsatt at dette kan forankres og dokumenteres som nevnt over. EØS-avtalen gir oppdragsgiver et handlingsrom til å vektlegge hvordan biodrivstoffet er fremstilt i utformingen av kvalifikasjonskrav, kontraktskrav og tildelingskriterier. Yttergrensene for handlingsrommet er anskaffelsesrettens likebehandlingsprinsipp som innebærer at oppdragsgivers formulering av krav og kriterier i anbudskonkurransen må være nøytral. Hvorvidt palmeoljeforbud i den enkelte anskaffelse oppfyller dette kravet, må vurderes fra sak til sak.

Et palmeoljeforbud vil begrense markedsadgangen for enkelte utenlandske biodrivstoffprodusenter og vil utgjøre en restriksjon av den frie bevegelse av varer etter EØS art. 11. Forbudet vil i utgangspunktet være i strid med ikke-diskrimineringsplikten i GPA-avtalen og flere av EFTAs 27 handelsavtaler og Norges 14 bilaterale investeringsavtaler.

Både EØS-retten og den internasjonale handelsretten, slik nevnt over, tillater likevel et palmeoljeforbud dersom dette ivaretar et adekvat hensyn og er egnet, nødvendig og proporsjonalt. I prinsippet står staten fritt til selv å velge beskyttelsesnivå i miljøpolitikken. Det er videre klart at miljø, herunder reduksjon av avskoging og klimagassutslipp, er et adekvat hensyn og at et forbud mot biodrivstoff basert på palmeolje, vil kunne være et egnet virkemiddel. Det sentrale spørsmålet i både de EØS-rettslige og handelsrettslige vurderingene er hvorvidt de relevante miljøhensynene kan oppnås like effektivt med alternative tiltak som i mindre grad begrenser den frie bevegelse av varer.

EØS-rettslig er det nødvendig å vurdere om EUs fornybardirektiv (direktiv 2009/28/EF) og drivstoffkvalitetsdirektiv (direktiv 2009/30/EF) og bestemmelsene om bærekraftskriteriene stenger for strengere miljøtiltak. Utredningen konkluderer med at dette ikke er tilfelle, ettersom direktivene som sådan ikke er fullharmoniseringsdirektiver, men tvert imot legger opp til en miljøbeskyttelse som kan suppleres av nasjonale tiltak. Utredningen konkluderer videre med at et palmeoljeforbud har en annen innretning og virkning enn bærekraftskriteriene og produktstandardene i fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet, slik at drivstoffkvalitetsdirektivets artikkel 5 (fri sirkuleringskravet) og de nevnte kriteriene og standardene ikke i seg selv stenger for et palmeoljeforbud. Vi understre-

ker at det hefter en usikkerhet knyttet til denne vurderingen.

EU-domstolens praksis viser en bevegelse i retning av å tillegge miljø større betydning. Fra først og fremst å omhandle økonomisk integrasjon, har EU i større grad utviklet seg til et felles marked hvor nå ivaretagelsen av sosiale, politiske og miljømessige hensyn har blitt mer sentralt. Begrensning av global oppvarming er i kjernen av EUs miljøpolitikk. I 2014 vedtok Rådet for EU en ambisiøs klima- og energipolitikk som forplikter EU til å redusere klimagassutslipp med 40 % innen 2030, og fremme fornybar energi, slik at minst 27 % av all energi produsert i Europa er grønn, samt arbeide frem en høyere energieffektivitet (30 % forbedring sammenlignet med 1990). Den etterfølgende publiseringen av Kommisjonens planer for “Clean Energy Transition” og omfattende utkast til lovgivningspakke den 30. november 2016 understreker hastverket med å ta viktige skritt mot å oppnå en lavkarbonøkonomi, slik at Europas avhengighet av fossilt brensel vil være betydelig redusert, om ikke fjernet innen 2050. Riktignok vil tiltaket kunne ramme bærekraftig biodrivstoff, slik dette er definert i EU-reglene i dag. Bærekraftig biodrivstoff regnes som null i EUs klimaregnskap, og bidrar slik sett bidrar til å oppfylle EUs klimamål. Men klimapolitikken er ikke fullharmonisert, og EU anerkjenner at klimagassutslipp er en global utfordring og at medlemsstatene har et handlingsrom til å definere andre og egne virkemidler for å redusere klimagassutslipp. EUs overordnede miljøpolitikk og utviklingen i praksis gir derfor etter vår vurdering staten et handlingsrom.

De fleste alternativene til et palmeoljeforbud går ikke like langt som et forbud, og er i praksis mindre miljøfremmende. Tiltakene som går like langt – eller lengre – vil i utgangspunktet medføre mer administrasjon og høyere kostnader (strengere bærekraftskriterier, støtte- og incentivordninger, overvåkings- og sporingstiltak mv.). At staten begrenser forbudet til å gjelde for offentlige innkjøp underlagt anskaffelsesreglene, innebærer at det norske markedet ikke vil være stengt for utenlandske aktører og er et viktig moment i proporsjonalitetsvurderingen. EU-domstolens nyere praksis og EUs økende fokus på miljø, bærekraft og klimagassutslipp tilsier at et effektivt forbud under nærmere betingelser vil stå seg under EØS-avtalen. I vurderingen av om et palmeoljeforbud vil stå seg under EØS-avtalen må det legges vekt på at et slikt forbud, i en periode frem til palmeoljeproduksjon eventuelt kan gjøres mer bærekraftig eller eventuelle positive nettovirkninger av økt palmeoljeproduksjon som grunnlag for økt biobrenselproduksjon er klarere dokumentert, harmoniserer med et føre var- og “bærekraft”-prinsipp i miljøretten, som anerkjent både av EU-kommisjonen, EU-domstolen og EFTA-domstolen. Et palmeoljeforbud vil EØS-rettslig også få en viss

drahjelp av EUs ambisiøse klimamål og rekkevidden av de tiltak som foreløpig er innført for å nå disse målene.

I den grad det er utfordrende å dokumentere at biodrivstoffproduksjon basert på palmeolje er mer miljøskadelig enn annen biodrivstoffproduksjon, anbefaler vi at regjeringen formulerer et forbud generelt, slik at det ikke nødvendigvis bare omfatter palmeolje. Forbudet kan da rettes mot produksjonen av biodrivstoff basert på biomasse (for eksempel vegetabiliske oljer) med spesielt stor risiko for ILUC eller andre negative miljøeffekter, eventuelt slik at miljøeffekten kvalifiseres ved å knyttes til nærmere fastsatte arealer eller bærekraftskriterier. Forbudet må heller ikke utformes på en måte som rammer palmeoljeproduksjon som ikke bidrar til høyere (netto) klimagassproduksjon. Avhengig av hvilken naturvitenskapelig dokumentasjon staten kan vise til, vil det kunne være hensiktsmessig å avgrense forbudet mot bestemte former for produksjon, dyrkingssted, metode eller andre kriterier som gir dokumenterbare positive klimagasseffekter. Det samme gjelder dersom staten velger å innføre retningslinjer for å unngå innkjøp av biodrivstoff som medfører ILUC-effekter eller andre negative miljøeffekter.

Utredningen har vurdert forholdet til EØS-avtalens statsstøtteregler. I de tilfeller hvor vurderingen under fri bevegelse-reglene er uløselig knyttet til støtteelementet, kreves at regelsettene anvendes på en konsistent måte. Dette innebærer at statsstøttereglene ikke kan anvendes på en måte som griper direkte inn i den avveining som allerede er gjort etter EØS art. 11 og 13. Dersom et palmeoljeforbud er i samsvar med EØS art. 11 og 13 vil det altså som utgangspunkt ikke rammes av statsstøtteforbudet. Videre er det enkelte holdepunkter for at et palmeoljeforbud uansett ikke vil favorisere enkelte produsenter fremfor andre produsenter i samme rettslige og faktiske posisjon, og derfor ikke vil være i strid med statsstøtteforbudet. Endelig vil et palmeoljeforbud kunne utgjøre lovlig miljøstøtte.

Anskaffelsesrettslig kan oppdragsgivere som utgangspunkt stille miljøkrav og -kriterier i alle trinn av anskaffelsesprosessen, der det er relevant og knyttet til leveransen. En forutsetning er at kravene og kriteriene ikke utgjør noen diskriminering i strid med EØS art. 11 og 13, som nevnt over. Oppdragsgiver kan stille krav både til produksjonsprosessen og produksjonsmetoden for det som skal anskaffes. Det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet innebærer at kravene og kriteriene må gjøres kjent for leverandørene ved kunngjøring, og at oppdragsgiver følger ikke må supplere eller endre kravene og kriteriene etter kunngjøring. Videre må kravene og kriteriene utformes på en ikke-diskriminerende måte (de må være rettet mot

den miljøskadelige virkningen – og ikke direkte mot den enkelte produsent).

Forutsatt at oppdragsgiver formulerer tildelingskriteriet på en klar måte som ikke gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, er utredningens konklusjon at oppdragsgiver har en rett til å vektlegge i tildelingsevalueringen hvorvidt leverandøren benytter biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. Hvor miljø er relevant og har en tilknyt-

ning til kontraktsgjenstanden, vil den offentlige oppdragsgiveren også kunne ha en plikt til å legge vekt på miljø.

Vi understreker avslutningsvis at et tiltak som forbyr offentlige innkjøp av biodrivstoff basert på palmeolje vil påkalle betydelig oppmerksomhet nasjonalt og internasjonalt, og at det vil være en relativt høy risiko for prosesser som utfordrer lovligheten av tiltaket.



1 Bakgrunn for utredningen

1.1 Introduksjon

Klima- og miljødepartementet ("KLD") har bedt advokatfirmaet Thommessen kartlegge hvilket handlingsrom norske myndigheter har til å etter spørre biodrivstoff som ikke har negative effekter knyttet til klimagassutslipp og naturmangfold i offentlige innkjøp. Bakgrunnen for utredningen er at Stortinget 2. juni 2017 fattet følgende anmodningsvedtak¹:

"Stortinget ber regjeringen gjennom forskrift til lov om offentlige anskaffelser stille krav om at det ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. Forskriftsendringen skal tre i kraft så snart som mulig."

Offentlige innkjøp utgjorde i 2015 omkring NOK 481 milliarder, hvorav statsforvaltningens innkjøp utgjorde omkring NOK 196 milliarder og kommunalforvaltningens innkjøp utgjorde NOK 183 milliarder. Øvrige innkjøp knytter seg til forsvaret og offentlig forretningsdrift (statlig forretningsdrift, oljesektoren og kommunal og fylkeskommunal forretningsdrift).²

Til og med 2015 var palmeoljebasert biodrivstoff tilnærmet fraværende på det norske markedet. I revidert nasjonalbudsjett for 2015 ble imidlertid biodrivstoff vesentlig billigere, fordi slikt drivstoff ikke lenger var omfattet av veibruksavgiften. Andelen biodrivstoff med palmeoljeprodukter steg til 40 % av alt biodrivstoff i salg i 2016.³

Både europeiske og norske politikere ønsker å øke bruken av biodrivstoff, fordi biodrivstoff kan gi lavere utslipp av klimagasser enn fossilt drivstoff. Samtidig er noen typer biodrivstoff produsert på en miljøskadelig måte, og fremtrer dermed ikke som et miljømessig godt alternativ til fossilt drivstoff. Slik EU-regelverket er utformet i dag, kan biodrivstoff med palmeolje regnes som bærekraftig.⁴ Grunnen til dette er at EU-regelverket ikke tar såkalte indirekte negative miljøeffekter i betraktning (se nærmere under kapittel 1.2 nedenfor). Flere har derfor tatt til orde for at Norge skal innføre egne krav som gjør at biodrivstoffet som tas i bruk ikke har negative effekter.

Norge er med i EØS-avtalen, og er derfor bundet av EUs regler om fri bevegelse av varer, offentlige anskaffelser og statsstøtte. Norge er derved pålagt å følge mange av de samme standardene som EU. I tillegg er Norge medlem av Verdens handelsorganisasjon (WTO) og 29 regionale frihandelsavtaler som har regler for handel med varer fra andre land. Norge har også inngått 14 ulike investeringsavtaler som gir rettigheter til utenlandske selskaper i Norge.

Formålet med utredningen er å vurdere om Norges internasjonale forpliktelser, slik nevnt over, er til hinder for at regjeringen innfører et forbud mot offentlig innkjøp av biodrivstoff med palmeolje eller biprodukter av palmeolje. Dersom forpliktelsene ikke hindrer et slikt forbud, kan regjeringen gjennomføre Stortingets anmodningsvedtak. Dersom et forbud mot offentlige innkjøp av biodrivstoff med palmeolje derimot er i strid med disse forpliktelsene, vil gjennomføringen av Stortingets anmodningsvedtak utgjøre et folkerettsbrudd.

Utredningen behandler en rekke kompliserte spørsmål. Flere av problemstillingene beror i større eller mindre grad på naturvitenskapelige vurderinger knyttet til de miljømessige virkningene av palmeoljeproduksjon og produksjon av annen biomasse som benyttes i biodrivstoff og kvaliteten på dokumentasjonen av avskogings- og klimagassutslippsvirkningene av slik produksjon. Hovedkonklusjonen er like fullt at Norge har et handlingsrom til å ivareta intensjonen Stortingets anmodningsvedtak uttrykker. Hvordan et palmeoljeforbud eventuelt skal formuleres, beror i praksis på hvilke skadevirkninger som kan påvises for biodrivstoff med palmeolje sammenlignet med biodrivstoff uten palmeolje.

Anmodningsvedtaket gir ikke føringer på hva begrunnelsen for et palmeoljeforbud skal være. I tråd med forutsetningene bak vedtaket, legger vi til grunn at hovedbegrunnelsen er knyttet til miljøhensyn, herunder å hindre avskoging og redusere klimagassutslipp ved produksjon av biodrivstoff. Vi skal i neste kapittel kort gjennomgå hvorfor biodrivstoff produsert basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje kan være miljøskadelig.

1 Vedtak 752. Se Stortingets behandling av saken: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=68360>

2 Jf. SSB-statistikk publisert 19. desember 2016, tilgjengelig her: <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar>

3 Meld. St. 2 (2014-2015) Revidert nasjonalbudsjett 2015 kapittel 4 og Miljødirektoratet, Kraftig økning i bruk av biodrivstoff i 2016, 28. 04. 2017, <http://www.miljodirektoratet.no/no/Nyheter/Nyheter/2017/April-2017/Kraftig-okning-i-bruk-av-biodrivstoff-i-2016/>

4 EUs bærekraftkrav for biodrivstoff stiller krav til klimagassbesparelse sammenlignet med fossile drivstoff og til hvilke arealer som kan tas i bruk for produksjon. Bærekraftkravene sikrer på denne måten at produksjonen av biodrivstoff ikke har direkte effekter som fører til økte utslipp av klimagasser eller har negative effekter på biologisk mangfold. Bærekraftkravene omfatter imidlertid ikke indirekte effekter. Anvendelse av bærekraftkriteriene sikrer dermed ikke at bruken av biodrivstoff gir faktiske reduksjoner i klimagassutslipp totalt sett. Se Direktiv 2009/28/EC, fortalet, premiss 85.

1.2 Hvorfor er biodrivstoff produsert basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje miljøskadelig?

Biodrivstoff er et mer miljøvennlig produkt enn fossilt drivstoff dersom det produseres på riktig måte. Miljødirektoratet publiserte i 2017 en rapport som viser at økt bruk av biodrivstoff kan føre til reduserte klimagassutslipp i Norge.⁵

Enkelte produsenter av palmeolje hogger ned regnskog og andre karbonrike naturområder for å dyrke palmeoljetrær. Hogst av regnskog fører til at store mengder karbon slippes ut i atmosfæren, truer det biologiske mangfoldet og kan føre til redusert evne til å reflektere varme fra jordoverflaten.⁶ Avhengig av hva slags landområder som blir brukt, kan biodrivstoff slippe ut opptil mer enn 10 ganger mer CO₂ enn konvensjonelt drivstoff.⁷ Produksjon av drivstoff med slike direkte konsekvenser oppfyller ikke EU-reglens krav til bærekraftig palmeolje.⁸

Produksjon av biodrivstoff med palmeolje kan også føre til såkalte indirekte arealbruksendringer. Indirekte arealbruksendringer ("Indirect Land Use Changes" eller "ILUC-effekter") kan skje når jordbruksareal som har vært benyttet til matproduksjon i stedet tas i bruk til å dyrke råstoff for biodrivstoff, slik at matproduksjonen må flyttes til nye områder. Hvis dette fører til for eksempel drenering av myr eller hogging av regnskog, frigjøres klimagasser som har vært bundet i myr eller skog og biologisk opptak av CO₂ svekkes. Bruk av konvensjonelt biodrivstoff til erstatning for fossilt drivstoff kan dermed medføre at klimagassutslippene øker samlet sett istedenfor å redusere dem. Det er gjennomført flere vitenskapelige studier av ILUC-effekter, og miljødirektoratet har tidligere lagt til grunn at biodiesel produsert fra vegetabiliske olje, og særlig palmeolje, medfører spesielt stor risiko for ILUC.⁹

ILUC-effekter er vanskelige å måle. Istedenfor å gjøre målinger og observasjoner av selve palmeolje-produksjonen, må ILUC-effekter dokumenteres

gjennom modeller som angir utslipp basert på hypotetisk tenkte situasjoner.¹⁰ Utslippene skjer i andre sektorer enn i selve palmeoljeproduksjonen, og skyldes dermed ikke palmeoljeproduksjon alene.¹¹

Bærekraftkriteriene i fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet tar ikke høyde for ILUC-effekter, og hindrer kun utilsiktede økte klimagassutslipp ved direkte arealbruksendringer. Dette er bakgrunnen for ILUC-direktivet (direktiv 2015/1513) som introduserer ILUC-verdier og strengere bærekraftkriterier.¹² ILUC-direktivet medfører blant annet følgende endringer og tillegg til fornybardirektivet:

- Biodrivstoff basert på korn og andre stivelsesrike planter, sukkerplanter, oljerike planter og andre energivekster fra jordbruksareal, kan kun representere 7 % av målet om 10 % fornybarandel i totalt drivstofforbruk i EU i 2020.
- Medlemsstatene må rapportere klimagassutslipp fra biodrivstoffproduksjon fra endringer i bruk av land.
- Avansert biodrivstoff produsert fra råvarer som ikke øker etterspørsel etter landarealer eller konkurrerer med mat og fôr (nytt vedlegg IX til fornybardirektivet) skal telle dobbelt i vurderingen av oppnåelsen av klimagassbesparelser under fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet. Etterspørsel etter avansert biodrivstoff (og flytende biobrensler) er gitt et indikativt mål om 0,5 %.
- Elektrisk veitransport drevet av fornybar energi kan telles fem ganger og jernbanetransport drevet av fornybar energi kan telle 2,5 ganger vurderingen av om klimagassbesparelsen er oppnådd.

Direktivet er EØS-relevant, og Norge arbeider for tiden med å gjennomføre dette direktivet.¹³

5 Miljødirektoratet: Klimaeffekt og kostnader ved mer biodrivstoff. <http://www.miljodirektoratet.no/no/Nyheter/Nyheter/2017/Mars-2017/Klimaeffekt-og-kostnader-ved-mer-biodrivstoff/> (besøkt 21. november 2017).

6 Se Konrad Soye og Hartmut Grassl, *Climate Change and Technological Options: Basic facts, Evaluation and Practical Solutions*, Springer 2008, på side 47, 82 og 101 mv. Se også Grønli, *Skittent biodrivstoff*, forskning.no, mai 2011. <https://forskning.no/alternativ-energi-klima-naturvern/2011/05/skittent-biodrivstoff> (besøkt 21. november 2017).

7 Ibid.

8 Fornybardirektivet artikkel 17.

9 Se blant annet Valin m.fl. (2015): *The land use change impact of biofuels consumed in the EU. Quantification of area and greenhouse gas impacts*. https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/Final%20Report_GLOBIOM_publication.pdf og Miljødirektoratet, *Utkast til konsekvensutredning – ILUC-direktivet og opptrapping til 20% biodrivstoff i 2020*, mars 2017 http://www.miljodirektoratet.no/Global/dokumenter/tema/klima/biodrivstoff/iluc_konsekvensvurdering_mars_2017.pdf

10 Melbye, Asheim og Brenna, *Bærekraftig biodrivstoff*, ZERO, januar 2017, s. 16.

11 Miljøstiftelsen ZERO lanserte i 2017 en rapport om Bærekraftig biodrivstoff. Her stiller organisasjonen seg kritisk til å gjøre biodrivstoffprodusenter ansvarlig for ILUC-effekter, fordi slike produsenter selv ikke har mulighet til å redusere ILUC-effekter. Se Melbye, Asheim og Brenna, *Bærekraftig biodrivstoff*, ZERO, januar 2017, s. 16.

12 Miljødirektoratet, *Utkast til konsekvensutredning – ILUC-direktivet og opptrapping til 20% biodrivstoff i 2020*, mars 2017 s. 9. http://www.miljodirektoratet.no/Global/dokumenter/tema/klima/biodrivstoff/iluc_konsekvensvurdering_mars_2017.pdf

13 Regjeringen.no, ILUC-direktivet, 6. juni 2017. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2012/des/iluc-direktivet/id2434708/>

Det har videre vært reist bekymring over at produksjon av biodrivstoff går utover matsikkerhet, fordi arealer og ressurser som tidligere ble brukt til å dyrke mat, nå blir brukt til å dyrke råstoff til biodrivstoff.¹⁴ Nyere forskning kan likevel tyde på at det ikke nødvendigvis er grunnlag for slike påstander, dersom gode rammebetingelser er til stede.¹⁵ Produksjon av biodrivstoff kan også gi inntekter til lokale bønder som er høyere enn eventuelle økte matvarepriser.¹⁶

Ferdigprodusert biodrivstoff har ikke større utslipp når det forbrukes av et kjøretøy enn det andre biodrivstoff har – de negative miljøeffektene kommer av måten palmeolje blir produsert på. Som vi skal se nedenfor, er dette en viktig grunn til at det er kontroversielt å innføre et generelt forbud mot offentlige innkjøp av palmeolje.

Det ligger utenfor mandatet til denne utredningen å gi en uttømmende oversikt over skadevirkningene til biodrivstoff som inneholder palmeolje. Men det bør i forkant av en eventuell innføring av et palmeoljeforbud gjøres grundige og selvstendige naturfaglige vurderinger av hvilke miljøeffekter produksjon av biodrivstoff som inneholder palmeolje og biprodukter av palmeolje har – og hvordan disse miljøeffektene er sammenlignet med produksjon av annet biodrivstoff før et forbud innføres. Relevante faktorer som bør hensyntas i denne vurderingen er produksjonsmåte, produksjonssted, hvor raskt råstoffet produseres, transportkostnader mv.

Fakta om biodrivstoff

Det finnes ulike typer biodrivstoff. Disse er gjenstand for ulike regler.

Konvensjonelt biodrivstoff er biodrivstoff som er basert på råstoff som også kan brukes til å produsere mat eller dyrefor. Eksempler på dette er biodrivstoff basert på raps, soya eller palmeolje.

Avansert biodrivstoff kalles ofte "framtidens biodrivstoff." Slikt drivstoff kan fremstilles av rester og avfall fra industri, landbruk eller skogbruk.

Kilde: Miljødirektoratet, *Fakta om biodrivstoff*. 23. februar 2017.

1.3 Hvorfor er restriksjoner mot palmeolje kontroversielt?

Både i Norge og Europa for øvrig finnes det en politisk vilje til å innføre tiltak for å redusere bruk av palmeolje. Samtidig utgjør palmeoljeproduksjon en viktig del av næringslivet i palmeoljeproduserende land som blant annet Indonesia og Malaysia, og det finnes sterke næringsinteresser som ønsker å fortsette produksjonen.

I Norge har debatten om palmeolje i stor grad vært knyttet til spørsmål om bærekraft og miljø. Enkelte miljøorganisasjoner i Norge har imidlertid tatt til orde for at også palmeolje som ikke har negative miljøeffekter bør unngås, fordi økt etterspørsel etter palmeolje vil påvirke styrkeforholdene i den politiske debatten som foregår i Indonesia og Malaysia vedrørende nullhogstpolitikk.¹⁷

De siste årene har spørsmålet om å begrense bruk av palmeolje vært debattert i Stortinget ved flere anledninger.¹⁸ Anmodningsvedtaket som er bakgrunnen for denne utredningen er et resultat av et representantforslag fremmet av daværende stortingsrepresentanter Heikki Eidsvoll Holmås (SV), Karin Andersen (SV) og Torgeir Knag Fylkesnes (SV).¹⁹

Begrunnelsen bak representantforslaget er at "*all økt etterspørsel etter palmeolje [...] bidrar til økt avskoging*".²⁰ Innstillingen fra energi- og miljøkomiteen fremhever at palmeoljeproduksjon fører til nedbrenning av regnskog, og understreker de negative effektene dette har for dyrene og menneskene som bor der.²¹ I innstillingen understreker flere medlemmer at det er et stort

14 Se for eksempel ECON/Utenriksdepartementets rapport 2007-069, Biodrivstoff – status og utsikter (28. juni 2007) s. 24, hvor det vises til forskning fra UN Energy. Melbye, Asheim og Brenna, Bærekraftig biodrivstoff, ZERO, januar 2017, s. 16.

15 Melbye, Asheim og Brenna, Bærekraftig biodrivstoff, ZERO, januar 2017, s. 15, som viser til forskning fra FNs organisasjon for ernæring og landbruk og International Food Policy Research Institute.

16 Ibid.

17 Melbye, Asheim og Brenna, Bærekraftig biodrivstoff, ZERO, januar 2017, s. 16 og Regnskogfondet, Dette mener Regnskogfondet om palmeolje i biodrivstoff (besøkt 21. november 2017).

18 Spørsmålet om bruk av palmeolje i offentlige anskaffelser var oppe på Stortinget allerede i april 2014. Stortingsrepresentantene Abid Q. Raja (V) og Ketil Kjenseth (V) foreslo da at regjeringen burde "vurdere muligheten av å presisere regelverket for offentlige innkjøp for å begrense etterspørsel etter produkter som inneholder raffinert palmeolje". Forslaget fikk ikke flertall i Stortinget. Se Representantforslag 57 S (2013-2014), Dok.nr.8:57 S (2013-2014). Spørsmålet om bærekraftig biodrivstoff var også til debatt i forbindelse med behandlingen av rapporten fra grønn skattekommisjon i 2015 (jf. NOU 2015:15 Sett pris på miljøet) og i utarbeidelsen av statsbudsjettet for 2017 (se for eksempel prop.1 LS (2016-2017) og Innst.401 S (2016-2017) (veibruksavgift på biodrivstoff). Spørsmålet har også vært til debatt i forbindelse med behandling av endringer i yrkestransportloven (Prop.140 L (2015-2016).) og ny lov om klimamål (Prop.77 L (2016-2017)). Utover 2016 og 2017 fremmet stortingsrepresentanter flere ulike forslag vedrørende bærekraftig biodrivstoff og palmeolje i ulike sammenhenger. Se blant annet Representantforslag 60 S (2015-2016), Representantforslag 63 S (2015-2016) (klimaforlik for transportsektoren), Representantforslag 66 S (2015-2016) (bærekraftig luftfart), Representantforslag 71 S (2015-2016) (nullutslipp for skip), Representantforslag 21 S (2016-2017) (biodrivstoff i transportsektoren), Representantforslag 94 S (2016-2017) (grønn konkurransekraft), Representantforslag 143 S (2016-2017) (om bymiljøavtaler) og Representantforslag 136 S (2016-2017) (utslippsfri kyst).

19 Representantforslag 69 S (2016-2017).

20 Ibid.

21 Innst. 331 S (2016-2017).

potensial for produksjon av biodrivstoff i Norge, og at norsk produksjon sikrer kontroll over bærekraft og produksjonsvolum.²²

Stortinget vedtok i forbindelse med budsjettet for 2017 en plan for å opptrappe bruken av biodrivstoff i veitrafikken. Planen legger opp til at andelen biodrivstoff skal utgjøre 20 % av den totale andelen drivstoff innen 2020, fra dagens nivå på 7 %. Planen har også delkrav som gjelder risiko for indirekte arealbrukseffekter.

Både EU og EU-landene har foreslått å innføre tiltak rettet mot palmeolje. I april 2017 vedtok Europaparlamentet en ikke-bindende resolusjon²³ som anbefaler at EU-landene innen 2020 kun skal benytte seg av bærekraftig palmeolje²⁴ og at bruk av biodiesel med vegetabiliske oljer som fører til avskoging fases ut.²⁵ Parlamentet ønsket innført en sertifiseringsordning som setter visse minimumskriterier for at palmeolje skal anses å være bærekraftig, herunder at produksjonen ikke skal ødelegge økosystemer eller på annen måte ha negativ miljøeffekt.²⁶ Resolusjonen fremhever at biodrivstoff basert på europeiske råvarer vil være et godt alternativ.²⁷

I 2016 foreslo den franske nasjonalforsamlingen å innføre en skatt på palmeolje som benyttes i mat. Forslaget ble forkastet i 2016 etter press fra lobbygrupper fra palmeoljeproduserende land.²⁸ I juli 2017 foreslo Frankrikes miljøminister Nicolas

Hulot å innføre restriksjoner for bruk av palmeolje i biodrivstoff.²⁹

De ulike tiltakene i Norge og EU har vakt motstand fra land som produserer palmeolje, herunder Malaysia og Indonesia. Palmeolje er en sentral eksportvare for disse landene, til sammen står disse for over 85 % av verdens palmeoljeproduksjon.³⁰ I 2016 eksporterte Malaysia og Indonesia palmeoljeprodukter for mer enn henholdsvis 9 og 14 milliarder dollar, over 3 % og 1,5 % av brutto nasjonalprodukt.³¹ Til sammenligning utgjorde Norges eksport av fersk og frossen fisk³² 1,75 % av Norges BNP i samme periode.³³

Et sentralt argument fra palmeoljeproduserende land er at europeiske land snarere enn å være opptatt av miljø innfører tiltak som i realiteten tar sikte på å gi europeiske produsenter en konkurransefordel.³⁴ I denne sammenhengen fremhever palmeoljeindustriens støttespillere at det er urettferdig av europeiske land å kreve at de ikke skal ha samme mulighet til å utnytte egne naturressurser enn det europeerne selv har hatt. Mens store deler av Europa ble avskoget før moderne tid, har flere palmeoljeproduserende land ennå ikke hatt muligheten til å utnytte sine naturressurser.³⁵

Indonesia og Malaysia har flere ganger truet med å ta europeiske tiltak som retter seg mot palmeolje til tvisteløsningsorganet i WTO, hvor land kan saksøke

22 Ibid.

23 European Parliament resolution of 4 April 2017 on palm oil and deforestation of rainforests: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0098+0+DOC+XML+V0//EN>.

24 Avsnitt 29

25 Avsnitt 82

26 Avsnitt 43. En politisk nyanse som i mindre grad er belyst i Norge, knytter seg til at Parlamentet i resolusjonen vedgår at oljebaserte produkter fra soya, raps og lignende har større miljøavtrykk enn palmeolje, og at lignende tiltak derfor også bør innsettes mot import av andre jordbruksvarer enn palmeolje. Parlamentet anerkjente at et forbud mot palmeolje ikke vil løse miljøproblemene, men kun åpne for at produksjonen erstattes av andre tropiske vegetabiliske oljer med like negativ miljøeffekt. Parlamentet ser derfor for seg at en bedre løsning er å øke produksjonen av vegetabiliske oljer i Europa.

27 Avsnitt 83.

28 Sybille de La Hamaide, French parliament scraps planned extra tax on palm oil, Reuters.com, 23. juni 2016: <https://www.reuters.com/article/us-france-palmoil/french-parliament-scraps-planned-extra-tax-on-palm-oil-idUSKCN0Z90Z7> (besøkt 1. november 2017).

29 Sybille de La Hamaide, France to restrict use of palm oil in biofuels: minister, Reuters.com, 6. juli 2017: <https://www.reuters.com/article/us-france-biodiesel/france-to-restrict-use-of-palm-oil-in-biofuels-minister-idUSKBN19R1AZ> (besøkt 1. november 2017).

30 Tall fra 2015, hentet fra Greenpalm.org, Where is palm oil grown?: <http://greenpalm.org/about-palm-oil/where-is-palm-oil-grown-2> Hentet 28. oktober 2017.

31 wto Statistics Database, Trade profiles, Indonesia og Malaysia. <http://statwto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFRReporter.aspx?Language=E> (besøkt 1. november 2017).

32 HS0302. En oversikt over omfattede varer finnes her: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/instruments-and-tools/hs-nomenclature-2017/2017/0103_2017e.pdf?la=en

33 wto Statistics Database, Trade profiles, Indonesia og Malaysia. <http://statwto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFRReporter.aspx?Language=E> (besøkt 1. november 2017).

34 Da Eus fornybardirektiv ble innført i 2009, mente malaysiske myndigheter at dette var proteksjonistisk, og at palmeoljeprodusenter i praksis ble utestengt fra det europeiske markedet. Grunnen til dette var ifølge Malaysia at bærekraftige palmeoljeprodusenter ikke hadde reelle muligheter til å oppfylle Eus bærekraftsmål. EU-parlamentets resolusjon om palmeolje ble også beskrevet av indonesiske myndigheter som et proteksjonistisk og diskriminerende tiltak, og "en motsetning til Eus posisjon som en forkjemper av åpen, regelbasert, fri og rettferdig handel". Se Poletti, Arlo & Sicurelli, Daniela, The European Union, Preferential Trade Agreements, and the International Regulation of Sustainable Biofuels, Journal of Common Market Studies 2016 Volume 54 Number 2, s. 258 og Climate Home News, Indonesia calls EU palm oil fuel ban 'discriminatory', 'protectionist', 10. april 2017: <http://www.climatechangenews.com/2017/04/10/indonesia-eu-palm-oil-fuel-ban-discriminatory-protectionist/> (besøkt 1. november 2017).

35 Climate Home News, Indonesia calls EU palm oil fuel ban 'discriminatory', 'protectionist', 10. april 2017: <http://www.climatechangenews.com/2017/04/10/indonesia-eu-palm-oil-fuel-ban-discriminatory-protectionist/> (besøkt 1. november 2017). Se også Tan Sri Datuk Dr Yosof Basiron, The Palm Oil Advantage In Biofuel, Malaysian Palm Oil Council (besøkt 22. november 2017).

andre land dersom de innfører tiltak som er i strid med det internasjonale handelsregelverket.³⁶ Noen saker har også endt opp i tvisteløsningsorganet. Disse klagesakene omhandler anklager rettet mot EU knyttet til ulovlig straffetoll på palmeoljeprodukter og biodrivstoff fra Indonesia (palmeolje) og Argentina (biodiesel basert på soya).³⁷ EU har i disse sakene tapt på flere punkter.

Norge, via EFTA, forhandler for tiden frihandelsavtaler med både Malaysia og Indonesia. I tillegg har EFTA startet forhandlinger med Ecuador, verdens sjette største eksportør av palmeolje.³⁸ Basert på tidligere reaksjoner mot europeiske myndigheter, må det antas at et palmeoljeforbud kan påvirke fremdriften i forhandlingene med disse landene.

Gitt de ovennevnte interessemotsetningene, er det en risiko for at et forbud mot innkjøp av biodrivstoff som inneholder palmeolje eller biprodukter av palmeolje vil skape negative reaksjoner fra politisk hold i andre land og økonomiske interesser i slike land. Risikoen forsterkes ved at et palmeoljeforbud vil gå lengre enn hva EUs fornybardirektiv, drivstoffkvalitetsdirektivet og ILUC-direktivet gjør i dag. Hvorvidt staten på denne bakgrunn ønsker å gjennomføre et forbud, er i første rekke et politisk spørsmål.

1.4 Hvorfor kan et palmeoljeforbud være ulovlig?

Norge er bundet av internasjonale avtaler som har regler for handel med varer og tjenester med andre land. De viktigste internasjonale reglene finnes i EØS-avtalen og WTO-regelverket. Mens EØS-avtalen har regler som gjelder de europeiske landene imellom, har WTO-regelverket regler som gjelder i nesten hele verden. EØS-avtalen er en mer omfattende avtale enn WTO, men regelverkene gjelder side om side.

Formålet med både EØS-avtalens regler om fri bevegelse og WTO-reglene er noe forenklet å sørge for at alle land behandler varer og tjenester fra ulike land likt, slik at avtaker og til sist forbruker får mulighet til å velge produktene som er best og billigst. Både EØS-avtalen og WTO-reglene går imidlertid lengre enn kun å ivareta samfunnsøkonomiske hensyn, og både EØS-avtalen, WTO-regelverket og andre internasjonale avtaler som forplikter Norge åpner for å ivareta viktige interesser knyttet til helse, miljø og sikkerhet. Det er staten selv som har bevisbyrden for at det aktuelle tiltaket er egnet, nød-

vendig og forholdsmessig for å ivareta det påberopte hensynet.

Palmeolje regnes jevnt over som den billigste og mest effektive oljen en kan bruke som biodrivstoff.³⁹ I utgangspunktet vil biodrivstoff basert på palmeolje derfor være den mest samfunnsøkonomiske. Spørsmålet blir om skadevirkningene palmeoljeproduksjon fører med seg rettferdiggjør at norske myndigheter likevel ikke benytter seg av slikt biodrivstoff.

Biodrivstoff som inneholder palmeolje er som utgangspunkt ikke ulik andre typer biodrivstoff, men biodrivstoff med palmeolje vil kunne være produsert på en måte som skader miljøet. WTO-regelverket vil etter praksis raskt begrense adgangen til å innføre et forbud mot at et produkt produseres på en bestemt måte, dersom et likt produkt som er produsert på en annen måte er lov. Et sentralt spørsmål i utredningen er derfor om et forbud mot bestemte produksjonsmåter vil stå seg etter WTO-regelverket.

Statlige aktører som vil kjøpe inn en vare, har samtidig vide rammer for hva de vil legge vekt på i det aktuelle enkelttilfellet. En kommune kan for eksempel bestemme seg for å legge så høy vekt på miljø i en anskaffelse at biodrivstoff med palmeolje ikke vil være aktuelt. Det er ikke like klart at staten har tilsvarende vide rammer for å lage generelle regler som skal gjelde for alle innkjøp. Et annet sentralt spørsmål i utredningen er derfor om det har noe å si for forslagetets lovlighet at det aktuelle tiltaket er et generelt forbud knyttet til offentlige anbudskonkurranser, og ikke begrenset til det enkelte innkjøp.

2 Mandat

Mandatet, slik beskrevet i konkurransegrunnlag av 13. juli 2017, er formulert som følger:

"1. Hvordan kan regjeringen gjennomføre Stortingets vedtak som "ber regjeringen gjennom forskrift til lov om offentlige anskaffelser [dvs ved alle offentlige innkjøp over en viss str] stille krav om at det ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. Forskriftsendringen skal tre i kraft så snart som mulig"?"

Subsidiært: Kan regjeringen istedenfor forskriftsfesting innføre en retningslinje eller policy om at det i offentlige anskaffelser ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, og i så fall hvordan en slik retningslinje kunne utformes?"

36 Se for eksempel Reuters.com, Indonesia palm oil group worries WU nations will follow French restriction, www.Reuters.com, 7. juli 2017: <https://www.reuters.com/article/france-biofuels-indonesia/indonesia-palm-oil-group-worries-eu-nations-will-follow-french-restriction-idUSL4N1JY32E> (besøkt 1. november 2017).

37 European Union — Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Fatty Alcohols from Indonesia (DS442, 2017) og European Union — Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina (DS473, 2017).

38 Tall fra 2015, hentet fra Greenpalm.org, Where is palm oil grown?: <http://greenpalm.org/about-palm-oil/where-is-palm-oil-grown-2> Hentet 28. oktober 2017.

39 Commodity Basis, Palm Oil Prices (besøkt 22. november 2017): https://www.commoditybasis.com/palmoil_prices

2. Hvilke muligheter eller hvilket handlingsrom har en oppdragsgiver i det enkelte kjøp innenfor rammen av gjeldende anskaffelsesregelverk fra 1.1.2017 og EØS-avtalen, til å sikre seg mot at biodrivstoff bidrar til å øke klimagassutslippene globalt?"

Departementet har også stilt enkelte tilleggsspørsmål som følger:

- a) Er det mulig å stille krav om at EUs bærekraftkriterier for biodrivstoff skal være oppfylt i offentlige innkjøp?
- b) Er det mulig å stille krav til at det ikke skal benyttes biodrivstoff fra for eksempel palmeolje eller andre spesifikke råstoffer?
- c) Er det mulig å stille høyere krav til reduserte livsløpsutslipp enn minstekravet som følger av bærekraftkriteriene for biodrivstoff?
- d) Er det mulig å stille krav til livsløpsutslipp som inkluderer indirekte arealbruksendringer for biodrivstoffet som skal benyttes? I så fall hvordan? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse.
- e) Er det mulig å skille mellom bruk av konvensjonelt og avansert biodrivstoff innenfor et offentlig kjøp? Kan det stilles et spesifikt krav om avansert biodrivstoff? Kan dette alternativt innrettes slik at bruk av avansert biodrivstoff belønnes ekstra i en miljøvekting av anbud? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse.
- f) Kan man gjennom andre anskaffelsesmetoder eller –verktøy (LCC, funksjonskrav, vekting av tildelingskriterier o.l.) sikre seg at man ikke må kontrahere et kjøp som bidrar til netto globale tilførsler av klimagasser? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse.
- g) Er det mulig å be om at varen som tilbys skal være produsert på en måte som ikke har bidratt til å rydde nye skogområder eller torvmyrer i utviklingsland?
- h) Er det mulig å be om at tilbydere skal ha en policy om null avskoging?

Disse tilleggsspørsmålene vil dels bli vurdert som alternativer til et palmeoljeforbud under kapittel 2.3 og 3.2.4 og dels kommentert på selvstendig grunnlag i kapittel 4.

3 Terminologi

Vi vil i denne fremstillingen for enkelthets skyld bruke begrepene "offentlige innkjøp" og "offentlige anskaffelser" om hverandre, med mindre noe annet er presisert, selv om ikke alle offentlige innkjøp er underlagt anskaffelsesregelverket og selv om ikke alle anskaffelser underlagt reglene om offentlige anskaffelser er offentlige innkjøp.

- a) Biodrivstoff: Drivstoff framstilt av biologisk materiale, herunder faste brensler, biogass, biovarme, biomasse, bioetanol og biodiesel, som stort sett lages av sukkerrør eller mais, biodiesel, som lages av olje fra soyaplanten eller raps – og biogass, som lages ved kontrollert biologisk utråtning av organisk materiale.
- b) EFTA-/EØS-statene: Norge, Island og Liechtenstein som er medlem av EFTA og avtaleparter i EØS-avtalen. (Sveits er EFTA-medlem, men ikke avtalepart i EØS-avtalen.)
- c) EØS-anskaffelsesdirektivene: EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU)⁴⁰, forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU)⁴¹ og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU)⁴². Direktivene er gjennomført i Norge ved forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (FOR-2016-08-12-975) og forskrift om konsesjonskontrakter (FOR-2016-08-12-976).
- d) Palmeolje: Fett som utvinnes ved koking og pressing av fruktkjøttet fra den afrikanske og amerikanske oljepalmen.⁴³
- e) GPA-avtalen: WTOS avtale om offentlige anskaffelser (Agreement on Government Procurement).
- f) BITS: Bilaterale investeringsavtaler (Bilateral Investment Treaties).
- g) FTAs: Frihandelsavtaler (Free Trade Agreements).
- i) ISDS: Investor-stat tvisteløsning (Investor-State dispute settlement).
- j) SSDS: Stat-stat tvisteløsning (State-to-State dispute settlement).

40 <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj>

41 <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/25/oj>

42 <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/23/oj>

43 Kilde: Store Norske Leksikon: <https://sml.snl.no/palmeolje>

- k) Nasjonal behandling: Prinsippet om at varer, tjenester eller aktører fra et land ikke skal få mindre gunstig behandling enn det en gir til nasjonale varer, tjenester eller aktører.
- l) Bestevilkårsbehandling: Prinsippet om at varer, tjenester eller aktører fra et land ikke skal få mindre gunstig behandling enn tilsvarende varer, tjenester eller aktører fra et annet tredjeland.
- m) TFEU: Treaty on the Functioning of the European Union.
- n) LOA: Lov om offentlige anskaffelser.
- o) FOA: Forskrift om offentlige anskaffelser.

4 Kildetilfang

Ved kartlegging av innholdet i EØS-retten, må EØS-rettslig metode anvendes. Det er EU-domstolen og EFTA-domstolen som i siste instans tolker EU/EØS-regelverket. Til tross for at EU-domstolen og EFTA-domstolen ikke er bundet av egne avgjørelser, er domstolen tradisjonelt tilbakeholden med uttrykkelig å fravike egne tidligere avgjørelser, og både EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis er derfor sentral i utredningens praksis. Ved tolkningen av EU-domstolens og EFTA-domstolens avgjørelser, anvendes i hovedsak samme metode som vi i Norge bruker ved tolkningen av Høyesteretts praksis. Ettersom EU-domstolen og EFTA-domstolen ikke uttrykker dissenser, og ofte er noe knappere og av mer postulerende karakter, vil imidlertid dommene ofte måtte suppleres med andre rettskilder, herunder de ikke-bindende innstillingene fra EU-domstolens generaladvokater. Vi har også basert oss på de sentrale bøker, fagartikler og nyhetsartikler.

Ved vurderingen av WTO-rettslige problemstillinger, EFTAs frihandelsavtaler og Norges bilaterale investeringsavtaler vil vi i stor grad se hen til avtaletekstene selv, men også oversiktsbilder fra WTOS, EFTAs og Regjeringens nettsider. Vi har brukt flere eksempler fra WTOS tvisteløsningsorgan og voldgiftssaker med grunnlag i bilaterale investeringsavtaler. Vi har også basert oss på bøker, fagartikler og nyhetsartikler knyttet til handelsrett, investeringsrett og folkerett.

En fullstendig referanseliste fremgår i bilag 2.

5 Oversikt over fremstillingen

Utredningens to deler tilnærmer seg handlingsrommet fra to ulike perspektiv. Mens del 2 adresserer handlingsrommet til staten til å begrense bruken av palmeolje fra et reguleringsperspektiv (forskrift eller instruks til alle offentlige innkjøpere – det offentlige krever biodrivstoff som ikke eller kun i begrenset grad er basert på palmeolje), adresserer

del 3 handlingsrommet til staten fra et innkjøpersperspektiv (det offentlige kjøper kun biodrivstoff som ikke eller kun i begrenset grad er basert på palmeolje).⁴⁴

Utredningen vil i del 2A utrede hvorvidt regjeringen i forskrift kan stille krav om at det i offentlige anskaffelser ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje (heretter for enkelhets skyld kalt “et palmeoljeforbud”). Problemstillingen kan grovt sett sorteres i to delspørsmål.

For det første er spørsmålet om et palmeoljeforbud er i samsvar med EØS-avtalen, og da særlig forbudet mot restriksjoner mot fri bevegelighet av varer i EØS art. 11 og EØS-avtalens forbud mot diskriminering i art. 4. Vi skal også vurdere hvorvidt EU/EØS anskaffelsesreglene oppstiller noen begrensninger for et palmeoljeforbud. Vi vil da se hen til EØS-avtalens vedlegg XVI som inneholder spesifikke bestemmelser knyttet til offentlige anskaffelser og EØS-anskaffelsesdirektivene, samt tilhørende regler (ODA, protokoll 2 til ODA og EU-praksis og -retningslinjer). Vi vil også vurdere hvorvidt EØS-avtalens regler om statsstøtte er til hinder for et palmeoljeforbud.

For det andre er spørsmålet om et palmeoljeforbud er ulovlig eller på annen måte begrenset av det internasjonale handelsregelverket i WTO og handels- og investeringsavtaler Norge er bundet av. På samme måte som i EU/EØS-retten setter disse avtalene begrensninger på myndighetenes adgang til å innføre reguleringer som går ut over varer og tjenester fra tredjeland.

Utredningen vil i del 2B utrede hvorvidt regjeringen ved en retningslinje eller policy kan påvirke oppdragsgivere til å stille krav om et palmeoljeforbud gjennom instruks eller retningslinjer. Problemstillingen kan på samme måte som del 2A deles i to delspørsmål.

I del 3 vil vi utrede hvilket handlingsrom en oppdragsgiver har i det enkelte innkjøp til å sikre seg mot at biodrivstoff bidrar til å øke klimagassutslippene globalt. Det er igjen særlig EØS art. 11 om fri bevegelighet av varer som må vurderes, samt EU/EØS anskaffelsesregelverket, slik gjeldende fra 1. januar 2017. Samtidig vil vi omtale statsstøtteregelverket. Statsstøtteretten og anskaffelsesretten har flere skjæringspunkter, og et av dem er hvor utformingen av den enkelte anbudskonkurranse resulterer i statsstøtte. Normalt vil innkjøp i samsvar med anbudsreglene sikre at det ikke foreligger støtte, men dersom det er få deltakere i konkurransen, betydelig vekt på ikke-økonomiske tildelingskriterier eller konkur-

44 Se nærmere om distinksjonen i Sue Arrowsmith og Kunzlik, s. 21.

ransen gjennomføres med forhandlinger, peker Kommisjonen på at det kan oppstå utfordringer under statsstøtteregelverket.⁴⁵

Vi vil i utredningen ikke vurdere hvilke skadevirkninger palmeolje har sammenlignet med andre typer biodrivstoff. Dette er i første rekke et naturviten-

skapelig spørsmål. Vi vil heller ikke vurdere hvor ambisiøse Stortinget bør være for å begrense slike skadevirkninger. Dette er i første rekke et politisk spørsmål. Der det er relevant, vil vi imidlertid knytte kommentarer til konsekvensene av hvilke hensyn som vektlegges som begrunnelse for et palmeoljeforbud.



.....
⁴⁵ Kommisjonens meddelelse om statsstøttebegrepet, OJ C 262, 19.7.2016, p. 1–50.

Del 2A Kan regjeringen i lov eller forskrift stille krav om at det ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje?

1 Introduksjon

Offentlige anskaffelser faller EØS-rettslig i tre kategorier. Den første kategorien er anskaffelser som faller helt utenfor EØS-avtalen, for eksempel forsvarsanskaffelser unntatt etter EØS art. 123. Den andre kategorien er anskaffelser som faller innenfor EØS-avtalen, men utenfor anskaffelsesregelverket, for eksempel anskaffelser som gjøres i egenregi. Den tredje kategorien er anskaffelser som faller innenfor EØS-avtalen og anskaffelsesregelverket, for eksempel anskaffelser av busstransporttjenester til fylkeskommunen. Vi vil i denne utredningen fokusere på den tredje kategorien.

Vi vil i dette kapittel 1 først gi en oversikt over regulering av miljø i EU (kapittel 1.1) og regulering av miljø i det internasjonale handelsregelverket (kapittel 1.2). Vi skal deretter i kapittel 2 vurdere om EØS-avtalen er til hinder for et palmeoljeforbud, før vi i kapittel 3 vurderer om det internasjonale handelsregelverket er til hinder for et palmeoljeforbud.

1.1 Regulering av miljø i EU

1.1.1 EUs miljøpolitikk

Maastricht-traktaten i 1992 markerte et vendepunkt i EUs miljøpolitikk, og var starten på utviklingen av en omfattende miljøpolitikk som nå er tydelig forankret i traktaten og implementert gjennom et betydelig antall forordninger og direktiv. Dette illustreres ved at TFEU art. 11 slår fast at *“Miljøbeskyttelseskrav skal integreres i utformningen og gjennomføringen av Unionens politikker og aktioner, især med henblik på at fremme en bæredygtig utvikling”*.

Klima sorterer under Energiunionen, som er blant Juncker-kommisjonens prioriteringer. En av hovedprioriteringene innenfor miljøpolitikken er å sikre en ressurseffektiv og lav karbonøkonomi. Det europeiske råd fattet således i mars 2007 vedtak om et bindende EU-mål på 20 % reduksjon i klimagassutslipp, 20 % økning i andelen fornybar energi og 20 % forbedring i energieffektivisering (”20-20-20-fornybarmålet”), samt 10 % fornybarandel i totalt drivstofforbruk i EU i 2020.

1.1.2 Miljø samarbeidet med EU er nedfelt i EØS-avtalen som en del av formålet med avtalen i artikkel 1.

Miljøhensyn skal være en integrert del av politikken på øvrige områder. Miljø er videre, som vi skal komme tilbake til, av sentral betydning for tolkningen av rekkevidden og innholdet i bestemmelsene om fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital. Gjennom EØS-avtalen er Norge også en del av EUs kvotehandelssystem (ETS) og følger målsettinger for fornybar energi, forpliktelser knyttet til energieffektivisering, energisparing og regulering av energi- og klimakvaliteten i ulike produkter.

1.1.3 Bærekraftige anskaffelser i EU⁴⁶

1.1.3.1 Innledning

Flere rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen er relevante for reguleringen av biodrivstoff. De viktigste rettsaktene vil bli beskrevet i det følgende.

I 2008 vedtok EU direktiv 2009/28 om fremme av anvendelsen av energi fra vedvarende energikilde (Fornybardirektivet)⁴⁷. Formålet med direktivet er blant annet å fastsette felles rammer for fremme av fornybar energi, gjennom bindende nasjonale mål for hvor stor andel av energiforbruket som skal komme fra slike kilder.⁴⁸ Direktivet gir et felles rammeverk for å stimulere til ny utbygging og oppgradering av anlegg som skal gi mer fornybar energi. Det setter obligatoriske nasjonale mål for andel fornybar energi av totalt energiforbruk og for en bindende nasjonal andel fornybar energi i transportsektoren på 10 prosent. Det settes noen overordnede rammer for ulike samarbeidsmekanismer mellom land. Direktivet etablerer også bærekraftkriterier og rapporteringskrav for biodrivstoff og andre flytende biobrensler. Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen den 19. desember 2011⁴⁹, og er gjennomført i norsk rett. Direktivet legger ikke opp til full eller endelig harmonisering av virkemidler i EU/EØS. Staten har derfor etter vår vurdering et handlingsrom til å innføre strengere regler.

Europakommisjonen la høsten 2016 fram forslag til et revidert direktiv for å fremme bruken av fornybar

46 Se også oversiktsside til EU-kommisjonen, tilgjengelig her: http://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm

47 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/28/oj>

48 Artikkel 1.

49 Jf. EØS-komiteens beslutning nr. 162/2011 av 19. desember 2011, tilgjengelig her: <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2011%20-%20English/162-2011.pdf>

energi.⁵⁰ Forslaget endrer og opphever med virkning fra 1. januar 2021 nåværende fornybardirektiv (2009/28/EF). Når direktivet er endelig vedtatt, vil det være EØS-relevant. Forslaget innebærer blant annet at taket for hvor mye konvensjonelt biodrivstoff som kan telle med i nasjonenes fornybarmål trappes ned fra 7 % i 2021 til 3,8 % i 2030. Videre innebærer det at omsettere av drivstoff skal sørge for at andelen avansert biodrivstoff samt andre fornybare drivstoff inkludert elektrisitet, økes fra 1,5 % i 2021 til 6,8 % i 2030. I tillegg vil bærekraftskriteriene skjerpes slik at kravet til reduserte klimagassutslipp for biodrivstoff produsert i nye anlegg vil settes til 70 % sammenliknet med fossilt drivstoff.

Drivstoffkvalitetsdirektivet (98/70/EF) stiller krav til innholdet i og kvaliteten på bensin og autodiesel.⁵¹ Direktivet er EØS-relevant og gjennomført i den norske produktforskriften kapittel 2. Det reviderte drivstoffkvalitetsdirektivet (2009/30/EF) pålegger aktører som omsetter drivstoff å redusere utslippsintensiteten fra drivstoff med 6 % innen 2020.⁵² Direktivet er EØS-relevant og er implementert i Norge i produktforskriften (se blant annet § 2-21).

Det pågår en diskusjon i EU om hvor mye avansert biodrivstoff som ønskes benyttet. De globale klimagassutslippene reduseres dersom man bruker avansert biodrivstoff.⁵³ Avansert biodrivstoff vil ikke kunne være basert på palmeolje.⁵⁴

1.1.3.2 Bærekraftskriteriene i fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet

Fornybardirektivet og det reviderte drivstoffkvalitetsdirektivet inneholder likelydende bærekraftskriterier for biodrivstoff.⁵⁵ Dersom disse bærekraftskriteriene er oppfylt, stiller direktivene krav til hvordan myndighetene skal behandle drivstoffet i sitt interne regelverk. Bærekraftskriteriene følger av fornybardirektivet art. 17 og drivstoffkvalitetsdirektivet art. 7 b). Hovedinnholdet er:

a) Arealkriterier: Det kan ikke tas i bruk areal med stort biologisk mangfold eller høyt karbonlager for å produsere biodrivstoff. For eksempel kan produsenter ikke hogge regnskog eller drenere våtmarksområder/torvmyr.

b) Utslippsreduksjon: Det stilles minstekrav til reduksjon av klimagassutslipp, beregnet over hele livsløpet (dyrking, foredling/raffinering, transport osv.) sammenliknet med fossilt drivstoff. Per nå kreves det at drivstoffet har minst 35 % mindre utslipp enn fossilt drivstoff, men andelen vil øke framover.

Bærekraftskriteriene er de samme uavhengig av type råstoff som benyttes i biodrivstoffet, og inneholder således ikke særregler for palmeolje. Biodrivstoff framstilt av palmeolje kan derfor oppfylle bærekraftskriteriene, dersom palmeoljen blant annet ikke stammer fra arealer som nylig er ryddet ved hogging av regnskog.

Biodrivstoff og biobrensel som oppfyller bærekraftskriteriene kunne telle med på medlemslandenes oppfyllelse av kravene i fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet. I henhold til fornybardirektivet må kriteriene også være oppfylt for biodrivstoff og flytende biobrenslers dersom de skal kunne telle med til oppfyllelse av nasjonale omsetningskrav og for at de skal kunne være gjenstand for økonomiske støtteordninger for bruk av biodrivstoff og flytende biobrensel.

Det innebærer at land som har etablert nasjonale virkemidler for å stimulere til bruk og produksjon av biodrivstoff og flytende biobrenslers, slik som Norge, må sørge for at bærekraftskriteriene er oppfylt for disse biodrivstoffene eller biobrenslene fra direktivets ikrafttredelsestidspunkt. Bærekraftskriteriene er harmonisert innenfor EØS-området, og er innført i norsk rett i produktforskriften kapittel 3.

1.1.3.3 ILUC-direktivet

EUs politikk med hensyn til ILUC-effekter er enn så lenge at slike effekter skal være gjenstand for vitenskapelig kartlegging. I 2015 ble ILUC-direktivet vedtatt i EU.⁵⁶ ILUC-direktivet setter et tak på 7 % for hvor mye konvensjonelt biodrivstoff kan bidra til å oppfylle målsettingene innenfor fornybardirektivet. Videre settes det et ikke-bindende indikativt mål om 0,5 % avansert biodrivstoff.⁵⁷ I direktivets fortale står det at det bør tas sikte på at fornybar- og

50 Norske myndigheter er en pådriver for å gjøre EUs bærekraftkrav strengere, og har hatt en offisiell posisjon på at bærekraftskriteriene bør inkludere indirekte arealbrukseffekter. Se blant annet Miljødirektoratets konsekvensutredning – økt omsetningskrav for biodrivstoff til veitrafikk av 2. februar 2015 – Konsekvensutredning, på side 23. <http://www.miljodirektoratet.no/Global/dokumenter/horinger/Konsekvensutredning.pdf?epslanguage=no>

51 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1998/70/oj>

52 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/30/oj>

53 Avansert biodrivstoff er fremstilt av rester og avfall, og ikke råstoff som kan brukes til å produsere mat eller dyrefôr, se Miljødirektoratet, Fakta om biodrivstoff, 23. februar 2017: <http://www.miljodirektoratet.no/no/Nyheter/Nyheter/2017/Februar-2017/Fakta-om-biodrivstoff1/> (besøkt 2. november 2017).

54 Se også EU-kommisjonens miljøstøtteretningslinjer, Communication from the Commission — Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, OJ C 200, 28.6.2014, p. 1–55, premiss 112.

55 Fornybardirektivet art 17 og drivstoffkvalitetsdirektivet art 7b).

56 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/1513/oj>

57 Dette støttes også av fornybardirektivets fortale, se premiss 71, 78 og 85.

drivstoffkvalitetsdirektivene også tar hensyn til ILUC-effekter.⁵⁸

1.1.4 Betydningen for Norge som EFTA-land og EØS-avtalepart

EØS-avtalen er av sentral betydning for statens handlingsrom på miljøområdet. Avtalen er en samarbeidsavtale mellom EFTA og EU hvor målet nettopp er å skape et indre marked sammen med EU, og virkemiddelet er å sikre likehandelsvilkår blant annet gjennom regler om fri bevegelighet av varer og felles konkurranse- og anskaffelsesregler. EØS-avtalen gjelder som norsk lov (både hoveddel og tilleggsprotokoller).

Avtalen har betydning på minst to måter for statens handlingsrom innenfor miljøpolitikken.

For det første vil avtalen kunne forplikte Norge “positivt” til å innføre miljøregler. Fornybardirektivet og bærekraft- og arealkriteriene er eksempler på dette. Her har EU-regler uttrykkelig en del av norsk rett. Miljørettsprinsipper som bærekraftig utvikling og føre-var-prinsippet er også eksempler på internasjonale prinsipper som har fått gjennomslag i norsk rett. EØS-avtalens regler om offentlig støtte og ESAs miljøretningslinjer, som gir et handlingsrom for miljøstøtte og definerer bærekraftig biodrivstoff i samsvar med fornybardirektivet, er et eksempel på det samme.

For det annet kan EØS-retten sette begrensninger for hvor strenge regler Norge kan ha i deler av miljøretten. EU-/EØS-miljøregler kan være fullharmoniserte. Det betyr at Norge ikke kan lage regler som er strengere enn EU-reglene. Nasjonale regler eller tiltak kan også komme i konflikt med grunnleggende EØS-regler knyttet til for eksempel fri bevegelighet som vil vurderes nedenfor.

EØS-avtalen inneholder en lojalitetsplikt.⁵⁹ Denne plikten innebærer både at Norge må gjennomføre relevant regelverk på en måte som er egnet til å oppfylle forpliktelsene våre, men også en plikt til å avstå fra tiltak som kan stå i veien for formålet bak avtalen. Selv om EØS-regelverk eksplisitt ikke står i veien for at Norge innfører et tiltak, kan det tenkes at lojalitetsplikten likevel illegger Norge føringer som kan ha betydning for et palmeoljeforbud. Vi kommer tilbake til dette i punkt 2.6.

1.2 Regulering av miljø i det øvrige internasjonale handelsregelverket (WTO mv)

1.2.1 WTO og miljø

Som medlem i Verdens handelsorganisasjon (WTO), er Norge bundet av en rekke ikke-diskriminerings- og likebehandlingsregler, også overfor land utenfor

EU. I denne saken er det spesielt WTOs regelverk om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen) som er aktuell.

GPA-avtalen inneholder ikke selvstendige bestemmelser om miljøvern eller lignende. Regelverket har imidlertid noen regler som tillater tiltak som ellers ville vært ulovlige, dersom disse tar sikte på å sikre blant annet planteliv og –helse, og ikke-fornybare naturressurser. Disse unntaksreglene har blitt tolket dynamisk av WTOs tvisteløsningsorgan, og anses nå også å omfatte miljøhensyn.

1.2.2 EFTAs handelsavtaler og bilaterale investeringsavtaler

I tillegg til medlemskapet i WTO, har Norge, gjennom EFTA, inngått 27 handelsavtaler med til sammen 38 land utenfor EU. Disse avtalene regulerer i det store og det hele de samme områdene som WTO-regelverket. Hva gjelder regler som regulerer offentlig innkjøp av palmeolje, legger disse avtalene i utgangspunktet ikke bånd på Norge som ikke allerede eksisterer gjennom medlemskap i WTO og andre folkerettslige avtaler. Avtalene gjør imidlertid at dette regelverket gjelder for flere land. I tillegg har Norge frihandelsavtaler med Grønland og Færøyene, disse er korte og generelt formulerte uten substansielle bestemmelser om anskaffelser.

Det er norsk politikk å inkludere miljøbestemmelser i regionale handelsavtaler: Flere av EFTAs frihandelsavtaler har egne kapitler om handel og bærekraftig utvikling. Formålet med disse kapitlene er først og fremst å fremheve den politiske betydningen miljø har, også i handelssammenheng. Bestemmelsene gir ingen plikter til avtalelandene utover det som følger av andre folkerettslige instrumenter. Men ved en eventuell tvist kan disse bestemmelsene bidra til tolkningen av avtalenes ikke-diskrimineringsbestemmelser.

EFTA forhandler for tiden om en frihandelsavtale med Malaysia, Indonesia og Ecuador, som alle produserer palmeolje.

Norge har inngått 14 bilaterale investeringsavtaler. I tillegg har EFTAs frihandelsavtaler med Singapore og Ukraina elementer av investeringsbeskyttelse. Investeringsavtaler gir rettigheter til norske investorer som foretar investeringer i avtalelandet, og gir også utenlandske investorer tilsvarende rettigheter i Norge. Tretten av Norges investeringsavtaler tillater utenlandske investorer å anlegge sak direkte mot staten.

Ingen av Norges bilaterale investeringsavtaler (heretter benevnt “BITS”) inneholder referanser til miljø eller bærekraftig utvikling. Fravær av slike henvisninger gir de oppnevnte dommerne betydelig

⁵⁸ Premiss 4.

⁵⁹ EØS-avtalen art. 3.

skjønnsmyndighet med hensyn til hva som skal vektlegges ved en eventuell tvist. Praksis fra voldgifts-tribunaler viser imidlertid at statene har en rett til å innføre reguleringer som ivaretar legitime hensyn, så lenge de kan bevise at hensynet ikke er en skjult diskriminering av utlendinger.

1.2.3 Norges internasjonale miljøforpliktelser

Norge har påtatt seg en rekke miljørettslige forpliktelser som har til hensikt å sørge for bærekraftig palmeolje.

Gjennom Klima- og skoginitiativet har Norge inngått resultatbaserte partnerskap med Indonesia, Peru, Colombia, Liberia og andre land som produserer palmeolje. Målet er at landene skal redusere utslipp, i tråd med Paris-avtalen og nasjonale klimamål, og at Norge bidrar med bistandsmidler til landene for å oppnå resultatene. Dersom utslippene fra avskoging og skogforringelse ikke reduseres, vil Norge ikke kunne overføre økonomiske midler til de aktuelle landene.

Norge var en pådriver for New York-erklæringen om skog, der næringsliv, myndigheter, urfolk og sivil samfunn forpliktet seg til å halvere avskogingen innen 2020, stanse avskogingen helt innen 2030, og restaurere 350 mill. ha skog innen 2030.

Videre har Norge sluttet seg til Amsterdam-erklæringene for bærekraftig palmeolje og avskogingsfrie forsyningskjeder. Så langt har også Nederland, Tyskland, Storbritannia, Danmark, Frankrike og Italia sluttet seg til erklæringene, som støtter opp om privat sektors mål om kun å benytte sertifisert, sporbar og utskilt palmeolje innen 2020, og for øvrig fjerne avskoging fra forsyningskjedene for andre produkter som kan knyttes til avskoging, i første omgang soya og kakao, også dette innen 2020.

Landene som undertegnet erklæringene følger opp gjennom samarbeid for å identifisere ytterligere tiltak innen eksisterende handels- og investeringsavtaler, miljø- og utviklingspolitikk som kan bidra til mer bærekraftig produksjon og handel med råvarer i internasjonal handel som kan knyttes til avskoging.

Det europeiske markedet utgjør en stadig mindre andel av den globale handelen med disse råvarene, spesielt sammenlignet med asiatiske markeder. EU – og flere nasjonale myndigheter – anser det derfor viktig å arbeide for at etterspørselen også utenfor Europa dreies mot råvarer og produkter som er produsert uten avskoging og i tråd med gode standarder for sosiale og miljømessige forhold. Landene som har undertegnet Amsterdam-erklæringene samarbeider derfor med land som utgjør viktige produsenter,

forbrukere og importører, for å etablere dialog om mer bærekraftig produksjon.

1.2.4 Forholdet mellom ulike regelverk i folkeretten

Som fremstillingen over viser, har Norge både handelsrettslige og miljørettslige forpliktelser. Dette er også tilfelle for de fleste andre land. På samme måte som i nasjonal rett, må folkeretten derfor ha regler om hvordan ulike forpliktelser skal tolkes opp mot hverandre. En utfordring er at det ikke er noe sentralt statsapparat eller klart hierarki mellom ulike regler i folkeretten. Reglene om traktattolkning gir derfor føringer på hvordan potensielle konflikter mellom ulike internasjonale regelverk håndteres. Både disse reglene og WTOS eget regelverk har som utgangspunkt at WTO-retten er en del av folkeretten for øvrig, og må tolkes i sammenheng med denne.⁶⁰ Vi kommer tilbake til denne usikkerhet i tolkningen og anvendelsen av WTO-retten under de enkelte spørsmål i kapittel 3.

2 Er EØS-avtalen til hinder for et palmeoljeforbud?

2.1 Innledning

EØS-avtalen begrenser statenes frihet til å regulere eller ikke regulere økonomisk aktivitet som de måtte ønske.

EØS art. 4 inneholder et alminnelig forbud mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling (*“Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir”*). Bestemmelsen rammer utelukkende diskriminering som ikke er objektivt begrunnet.⁶¹ I praksis konsumeres bestemmelsen av reglene om fri bevegelse og har derfor liten selvstendig betydning, især for varer hvor de eventuelle handelsrestriksjonene sjelden er knyttet til produsentens nasjonalitet (vanligere er restriksjoner knyttet til varens opprinnelse). Vi går derfor ikke nærmere inn på EØS art. 4 i denne utredningen.

Det er særlig EØS art. 11 om fri bevegelse av varer som vil kunne begrense statens handlingsrom til å innføre et palmeoljeforbud, eller på annen måte regulere offentlige innkjøperes handlingsrom til å anskaffe biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. EØS art. 11 forbyr handelsrestriksjoner som hindrer eller begrenser det frie varebyttet og lyder:

“Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene.”

60 DSU art. 3.2. Se også Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The law and Policy of the World Trade Organization*, 3. utg. (2013), s. 61.

61 Se EU-domstolens sak C-224/00 Kommisjonen mot Italia, dom av 19. mars 2002, ECLI:EU:C:2002:185, premiss 16-20.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med EØS art. 13 som lyder:

“Bestemmelsene i artikkel 11 og 12 skal ikke være til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett. Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene.”

EØS-reglene om det frie varebyttet reiser dermed to hovedspørsmål relevante for utredningen. Utgjør ordningen (her et palmeoljeforbud) en restriksjon på samhandelen – og er restriksjonen i så fall lovlig begrunnet? Det første spørsmålet behandles i dette kapittel 2.2, mens det andre spørsmålet behandles under kapittel 2.3.

Vi skal deretter vurdere i hvilken grad EØS-avtalens statsstøtteregele (kapittel (216)) og EØS-anskaffelsesdirektivene (kapittel 2.5) stenger for et palmeoljeforbud.

2.2 Vil et palmeoljeforbud utgjøre en restriksjon av fri bevegelighet av varer eller på annen måte være i strid med EØS-avtalens forbud mot diskriminering?

2.2.1 EØS-avtalens anvendelsesområde

2.2.1.1 Oversikt

En forutsetning for at EØS-regelverket skal være til hinder for Stortingets anmodningsvedtak, er at EØS-avtalens regler om fri bevegelighet kommer til anvendelse. EØS-avtalens vareanvendelsesområde og kravet til “tiltak” og grenseoverskridende virkninger drøftes nedenfor.

2.2.1.2 Nærmere om vilkåret “tiltak” – EØS art. 11

En forutsetning for at EØS-avtalens regler om fri bevegelighet skal begrense statens handlingsrom er at det foreligger et “tiltak” innenfor EØS art. 11 knyttet til en varegruppe omfattet av EØS-avtalen som er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. Et forbud knyttet til offentlige innkjøp vil klart utgjøre et “tiltak”, slik dette uttrykket er brukt i EØS art. 11. Vi påpeker at bestemmelsen vil ramme både et forbud rettet mot produkter, men også en restriksjon knyttet til produkter som skal brukes eller leveres i sammenheng med kontrakten som skal

oppfylles (komponenter eller deler av en tjenesteleveranse mv).⁶²

2.2.1.3 EØS-avtalens vareanvendelsesområde

a) Vareomfanget i EØS art. 8

EØS-avtalens vareanvendelsesområde er definert i EØS art. 8. Av denne bestemmelsen fremgår det at avtalens regler om fri bevegelighet (herunder EØS art. 11 og 13) bare får anvendelse på produkter som har opprinnelse i avtalepartene. Dette innebærer at EØS-avtalen ikke er til hinder for et palmeoljeforbud som kun retter seg mot varer som ikke har opprinnelse i EØS. Dersom varen er bearbeidet, prosessert eller på annen måte foredlet i et EU/EØS-land, kan varen falle innenfor EØS-avtalen. Vi understreker også at selv om avtalen ikke skulle komme til anvendelse mot selve vareforbudet (fordi dette bare retter seg mot varer som ikke har opprinnelse i EØS), vil andre begrensninger av EØS-aktører knyttet til deres tjenesteytelse, kapital og arbeid kunne være i strid med EØS-avtalen.

I tillegg fremgår det av EØS art. 8 at EØS-avtalens regler, med mindre annet er bestemt, kun får anvendelse på varer som hører under kapittel 25 til 97 i den internasjonale konvensjonen om harmonisert varebeskrivelse og kodesystem, heretter også kalt HS-konvensjonen eller for varer nevnt i Protokoll 3 til EØS-avtalen.⁶³ Verken palmeolje eller biodrivstoff er omtalt i protokoll 3 til EØS-avtalen og denne omtales derfor ikke nærmere.

Palmeolje er omfattet av kapittel 15, underkategori 1511, i HS-konvensjonen. Dette innebærer at EØS-avtalen som utgangspunkt ikke er til hinder for et forbud mot palmeolje som sådan.

Derimot vil *biodrivstoff* med opprinnelse i EØS-området falle innenfor avtalen, uavhengig av om denne er basert på palmeolje eller ikke. Etter HS-konvensjonen kapittel 27⁶⁴, underkategori 2710, omfattes oljer utvunnet av jordolje eller av bituminøse mineraler av vareomfanget i EØS, jf. kapittel 27, jf. EØS art. 8. Videre følger det av note 2 til kapittel 27 at også “liknende oljer” omfattes av vareomfanget.⁶⁵ Begrepet “liknende oljer” er vagt og klassifiseringen etter kapittel 27 må klargjøres etter konkrete vurderinger. Det norske tollvesenet benytter note 2 som en fortolkningsregel i sine bindende klassifiseringsuttalelser⁶⁶, og har i tidligere praksis lagt til grunn at biodiesel av animalske og vegetabiliske oljer omfattes av samlebetegnelsen “liknende

62 EU-domstolens sak C-45/87, Dundalk, ECLI:EU:C:1988:435.

63 The International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System.

64 Jf. Tollvesenets norske oversettelse: https://tolltariffen.toll.no/templates_TAD/Tolltariffen/Chapter.aspx?id=282095&epslanguage=no#

65 En begrensning er kravet om 70 % vektprosent jordolje, olje fra bituminøse mineraler eller liknende oljer, se punkt 27.10. Er man under denne prosentsatsen vil det innebære at stoffet er utenfor kapittel 27.

66 FOR-2008-12-17-1502 § 12-13 flg.

oljer”.⁶⁷ Basert på norsk praksis – og med mindre det finnes motstridende EØS-praksis – er det derfor nærliggende å tolke regelverket slik at biodrivstoff av palmeolje generelt vil klassifiseres under kapittel 27.

Selv om råstoffet palmeolje i første rekke er fremstilt i Asia, vil videreføring og -salg av biodrivstoff regulært involvere andre europeiske aktører, slik at EØS-avtalens restriksjonsregler må antas å komme til anvendelse.⁶⁸

b) *Betydningen av direktivregulering for vareomfanget i EØS-avtalen*

Et neste spørsmål er hvorvidt fornybardirektivets og drivstoffkvalitetsdirektivets regulering av bærekraftig biodrivstoff utvider vareomfanget som faller innenfor EØS-avtalen. Spørsmålet er om også biodrivstoff med opprinnelse utenfor EØS-området verner av EØS-regelverket, herunder av forbudet mot restriksjoner mot den frie bevegelse av varer i EØS art. 11.

Utgangspunktet må være det grunnleggende rangforholdet mellom EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser i vedleggene. For det tilsvarende spørsmålet innenfor EU-området er det sikker rett at bestemmelser med hjemmel i etterfølgende forordninger og direktiver ikke kan danne grunnlag for regler som er i strid med hva som følger av hovedavtalen, med mindre hjemmelsbestemmelsen selv åpner for dette.⁶⁹ Homogenitetsmålsetningen som ligger til grunn for EU/EØS-samarbeidet tilsier at eventuelle regelkonflikter i EØS-regelverket løses etter de tilsvarende prinsippene i EU-retten.⁷⁰ På denne bakgrunn kan direktivene etter vår vurdering ikke tolkes slik at de i strid med avtalens hoveddel begrenser konvensjonsstatenes handlefrihet overfor varer med opprinnelse utenfor EØS-området.⁷¹

2.2.1.4 Kravet om et grenseoverskridende element – EØS art. 11

Forbudet mot begrensninger av fri bevegelse av varer innenfor EØS forutsetter i utgangspunktet et grenseoverskridende element. Kravet til et grenseoverskridende element skal imidlertid ikke

overdrives, og i praksis vil et forbud mot import eller innkjøp av visse typer varer i alle offentlige innkjøp bli antatt for å ha en grenseoverskridende effekt. Det er derfor sannsynlig at palmeoljeforbudet vil anses å ha et grenseoverskridende element.

2.2.2 Dersom tiltaket gjelder et fullharmonisert rettsområde vurderes lovligheten etter sekundærretten

Dersom tiltaket (her: palmeoljeforbudet) gjelder et område hvor det er foretatt en uttømmende harmonisering på EU-nivå, skal tiltakets lovlighet vurderes på bakgrunn av de EØS-harmoniserte bestemmelser og ikke på grunnlag av EØS-avtalens hovedavtale.⁷² Harmoniseringsgraden har derfor betydning for statens handlingsrom og anvendelsen av de primære rettsreglene.⁷³ Sagt med andre ord vil EØS art. 13 eller tvingende allmenne hensyn ikke kunne begrunne restriksjoner som får anvendelse på et fullharmonisert område.⁷⁴

Det er spesielt fornybardirektivet (2009/28/EC), drivstoffkvalitetsdirektivet (98/70/EC)⁷⁵ og ILUC-direktivet ((EU) 2015/1513) som er relevante for offentlige innkjøp av biodrivstoff som inneholder palmeolje.

Det sentrale spørsmålet er hvorvidt harmoniseringen av bærekraftskriteriene og produktstandardene for drivstoff i drivstoffkvalitetsdirektivet innebærer at et palmeoljeforbud må vurderes etter direktivene, og ikke etter EØS-avtalens hoveddel. Dette spørsmålet har nylig vært gjenstand for behandling i EU-domstolen ved to anledninger. Begge dommene er sentrale for vurderingen av direktivenes harmoniseringsgrad og begrensninger på muligheten til å innføre et palmeoljeforbud. Før vi går nærmere inn på dommene, er det grunn til kort å kommentere direktivenes harmoniseringsgrad.

Fornybardirektivets rettsgrunnlag er den tidligere EU-traktatens “miljø-hjemmel” i art. 175 (nå TFEU art. 192), med unntak av bærekraftskriteriene i direktivets artikler 17, 18 og 19, som er gitt i medhold av art. 95 (nå TFEU art. 114) som gjelder harmonisering av medlemslandenes lovgivning med henblikk på det

67 Jf. Tollvesenets bindende klassifiseringsuttalelser. Søk på “fornybar biodiesel” eller “fornybar diesel”. Varenummer 27.10.1941. <http://tass.interpost.no/toll/TASSTollNo.jsf>

68 Se ValueWalk: Neste Oil Faces Revenue Risk in Norwegian Market After Public Procurement Ban of Palm Oil-Based Biofuels Weblog post. Newstex Global Business Blogs, Chatham: Newstex, 22. juni 2017 hvor det antas at den finske produsenten Neste vil bli berørt av et norsk forbud. <https://search-proquest-com.ezproxy.library.qmul.ac.uk/docview/1912172956?pq-origsite=summon>

69 EU-domstolens sak 218/82 kan illustrere forholdet, der det i premiss 15 heter: “The Court takes the view that when the wording of secondary Community law is open to more than one interpretation, preference should be given to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty rather than the interpretation which leads to its being incompatible with the Treaty.”

70 Sejersted m.fl., EØS-rett, 3. utgave, Universitetsforlaget, s. 232.

71 Ibid.

72 Se blant annet dom Radlberger Getränkegesellschaft og S. Spitz, C-309/02, EU:C:2004:799, premiss 53 og den nevnte rettspraksis.

73 Jf. ECLI:EU:C:2004:799, premiss 57.

74 Se for eksempel EU-domstolens sak 169/89 Gourmetterie Van den Burg, ECLI:EU:C:1990:227, premiss 8. EØS-avtalens regler om fri bevegelse vil fortsette å gjelde “as long as harmonisation of national rules has not been fully achieved in those areas”, se sak C-322/01, Deutscher Apothekerverband, ECLI:EU:C:2003:664, premiss 102 med videre henvisninger.

75 <http://europolov.no/rettsakt/drivstoffdirektivet-endering-kvaliteten-til-bensin-og-dieselolje-reduksjon-av-drivhusgasser/id-374>

indre marked. Av dette følger at fornybardirektivet som sådan ikke er et fullharmoniseringsdirektiv.⁷⁶

Fornybardirektivets bærekraftskriterier er imidlertid harmonisert, og er innført i norsk rett i produktforskriften kapittel 3, slik det blant annet fremgår av fornybardirektivets fortale.⁷⁷

"Since the measures provided for in Articles 17 to 19 also have an effect on the functioning of the internal market by harmonising the sustainability criteria for biofuels and bioliquids for the target accounting purposes under this Directive, and thus facilitate, in accordance with Article 17(8), trade between Member States in biofuels and bioliquids which comply with those conditions, they are based on Article 95 of the Treaty."

Det følger av art. 17 nr. 8 at medlemsstatene ikke kan stille strengere bærekraftskriterier blant annet som vilkår for at biodrivstoff skal være omfattet av støtteordning. Øvrige deler av fornybardirektivet inneholder minimumskrav, der medlemsstatene kan sette høyere mål og stille strengere krav i medhold av traktatens art. 176 (nå art. 193).

Drivstoffkvalitetsdirektivet gir videre harmoniserte produktstandarder for drivstoff. Drivstoffkvalitetsdirektivet er således i hovedsak gitt i medhold av "interne-marked-hjemmelen" i traktatens art. 100a (nå artikkel 114 i TFEU-traktaten). Unntaket er kravet om 6 % reduksjon i artikkel 7a, som ble innført ved endringsdirektiv 2009/30/EC i medhold av "miljø-hjemmelen" i traktatens art. 175 (nå art. 192), og som da er et minimumskrav, jf. traktatens artikkel 176 (nå art. 193). Bærekraftskriteriene i direktivets artikkel 7b, som må være oppfylt for at et bestemt biodrivstoff skal telle med ved omsetternes oppfyllelse av 6 %-kravet i artikkel 7a, er derimot gitt i medhold av "interne-marked-hjemmelen". Bærekraftskriteriene innebærer en form for produktstandard, og etter art 7b nr. 8 kan medlemsstatene ikke stille strengere bærekraftskriterier som vilkår for å la biodrivstoff telle med ved oppfyllelsen av 6 %-kravet. Harmoniseringen fremgår videre av artikkel 5 i direktivet, hvor det fremgår at "*[i]nngen medlemsstat må forbyde, begrense eller hindre markedsføring af brændstoffer, der er i overensstemmelse med kravene i dette direktiv*".

Det følger dermed av ordlyden i artikkel 5 i drivstoffkvalitetsdirektivet og av direktivets formål, at spesifikasjonene fastsatt i direktivets artikkel 4 (1) sammenholdt med bilag II og IV, pålegger uttøm-

mende krav, som medlemsstatene som utgangspunkt kun kan fravike under de begrensede betingelser som fremgår av direktivets artikkel 6:

"Article 6 Marketing of fuels with more stringent environmental specifications"

1. By way of derogation from Articles 3, 4 and 5, Member States may require that in specific areas fuels may only be marketed if they comply with more stringent environmental specifications than those provided for in this Directive for all or part of the vehicle fleet with a view to protecting the health of the population in a specific agglomeration or the environment in a specific ecologically sensitive area in a Member State, if atmospheric pollution constitutes or may reasonably be expected to constitute a serious and recurrent problem for human health or the environment. Fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet (samt ILUC-direktivet når det er innført) begrenser ikke-bærekraftig biodrivstoff ved å stille krav om at en viss andel av totalt omsatt mengde drivstoff hvert år skal være bærekraftig biodrivstoff. Drivstoffkvalitetsdirektivet er rettet mot drivstoffleverandører og forplikter disse å redusere klimagassutslipp med minst 6 % innen 2020, samtidig som ILUC-direktivet som nevnt over fremmer avansert biodrivstoff."

EU-domstolen slår i BUP-saken fast at begrensningene i drivstoffkvalitetsdirektivet (98/70/EC) må tolkes og forstås i sammenheng med fornybardirektivet og endringsdirektiv 2009/30.⁷⁸ Domstolen bemerker deretter på mer generelt grunnlag at fornybardirektivet ikke påla medlemsstatene å anvende bestemte tiltak for å nå de veiledende fornybarmålene, "*men overlod det til medlemsstaterne frit at vælge, hvilke foranstaltninger der skal vedtages*".⁷⁹ Bemerkningen understreker at staten har et handlingsrom, så lenge tiltaket ikke direkte støter mot fornybardirektivets bærekraftskriterier eller produktstandardene i drivstoffkvalitetsdirektivet.

Det belgiske tiltaket som var til vurdering i BUP-saken gjaldt en lovbestemmelse hvorefter alle oljeselskaper som brakte bensin- eller dieselsprodukter i omsetning, var forpliktet i samme kalenderår å bringe bærekraftige biodrivstoffprodukter i omsetning (bioethanol) i en mengde som tilsvarer 4 % av den opprinnelige mengde bensin/dieselsprodukter brakt i omsetning. EU-direktivene hadde ingen slik minimumsgrense, men hadde en maksimumsgrenser som gjaldt blandingsforhold i drivstoffet.

⁷⁶ Jf. ECLI:EU:C:2004:799, premiss 59. Dette er også i samsvar med det alminnelige utgangspunktet om minimumsharmonisering på miljøområdet etter TFEU art. 193, hvor det fremgår at "*the protective measures adopted pursuant to Article 192 [environment actions] shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures*". Dette er også i samsvar med det alminnelige utgangspunktet om minimumsharmonisering på miljøområdet etter TFEU art. 193, hvor det fremgår at "*the protective measures adopted pursuant to Article 192 [environment actions] shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures*".

⁷⁷ Se direktiv 2009/28, premiss 94 og direktiv 2009/30, premiss 23.

⁷⁸ Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-26/11, ECLI:EU:C:2013:44.

⁷⁹ Ibid, premiss 39.

EU-domstolen kom til at tiltaket var lovlig. Domstolen pekte på at de ulike direktivene som regulerte forholdet hadde som felles formål å oppnå nasjonale klimamål, og at statene var gitt en frihet til å bestemme hvordan disse målene skulle oppnås.⁸⁰ Domstolen viste til at den belgiske lovgivningen gjaldt årlige andeler av totalt salg av drivstoff, og således ikke la seg opp i blandingsforholdene som sådan.⁸¹ Loven ble således ikke ansett å forby, begrense, eller forhindre salg av drivstoff som oppfylte innholdskravene i direktivene.⁸²

Domstolen vurderer tiltaket etter drivstoffkvalitetsdirektivet, og slår fast at tiltaket pålegger en begrensning på omsetterne. I den konkrete vurderingen kommer domstolen likevel til at tiltaket er lovlig og i samsvar med direktivet, ettersom prosentsatsene ikke gikk lengre enn maksimalgrensene satt i fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet. Lest isolert synes dommen å indikere at begrensninger på omsetningen av drivstoff skal vurderes etter direktivene – og ikke TFEU (eller for vår del: EØS-avtalens hoveddel).

Avgjørelsen må imidlertid ses i sammenheng med generaladvokatens uttalelse og EU-domstolens etterfølgende avgjørelse i György Balázs.⁸³ Etter først å slå fast at drivstoffkvalitetsdirektivets artikkel 5 (og produktstandardene i direktivet) er bindende, og kun kan fravikes dersom vilkårene i direktivets artikkel 6 er oppfylt, uttaler domstolen følgende:⁸⁴

“Som anført af generaladvokaten i punkt 39-47 i forslaget til afgørelse er konstateringen i den ovenstående præmis imidlertid alene gyldig inden for grænserne for det materielle anvendelsesområde for direktiv 98/70, dvs. i det omfang, der er tale om tekniske specifikationer for brændstoffer, som dette direktiv har til formål at harmonisere. [...]”

Det følger heraf, at direktiv 98/70 ikke har til formål at harmonisere alle de kvalitative krav eller tekniske specifikationer, der ville kunne anvendes på de omhandlede brændstoffer og dermed forbyde medlemsstaterne at fastsætte begrænsninger eller fravigelser i den henseende, men alene omhandler de tekniske specifikationer for brændstoffer, der har en miljømæssig rækkevidde i direktivets forstand, dvs. dem, der hviler på sundhedsmæssige og miljømæssige hensyn.”

Konkret gjaldt den aktuelle saken en ungarsk regel knyttet til spesifikasjon av dieseloljes flammepunkt. Regelen begrenset markedsadgangen for visse typer dieselolje som ikke oppfylte spesifikasjonene. Spesifikasjonene hadde imidlertid en annen begrunnelse og innretning enn bærekraftkriteriene og produktstandardene i drivstoffkvalitetsdirektivet, slik at drivstoffkvalitetsdirektivet og artikkel 5 ikke kom til anvendelse.⁸⁵

Et palmeoljeforbud deler samme overordnede begrunnelse som produktstandardene og bærekraftkriteriene i drivstoffkvalitetsdirektivet og fornybardirektivet. Tiltaket har imidlertid en annen innretning og virkning enn omsetningskravene, produktstandardene, rapporteringskravene og klimagassreduksjonskravene som følger av direktivene.

Mens bærekraftkravene og produktstandardene i direktivene er positive forpliktelser rettet mot blant annet petroleumsselskapene, er tiltaket som Stortinget har bedt utredet et forbud. Forbudet er ikke knyttet til konkrete fornybarmål eller krav etter mønster av direktivet. Forbudet retter seg videre mot produksjonsmåten (bruk av palmeolje) og har et klart avgrenset virkeområde knyttet til offentlige anskaffelser. Direktivet har etter vår vurdering derfor ikke samme materielle anvendelsesområde (scope ratione materiae) som tiltaket til vurdering i denne utredningen.

Vurderingen støttes av EU-domstolens uttalelser knyttet til at fornybardirektivet og drivstoffkvalitetsdirektivet må tolkes på bakgrunn av målene i direktivene og den samlede direktivpakken (herunder etter hvert også ILUC-direktivet), slik at staten fortsatt gis et vidt handlingsrom til å fastsette andre og mer inngripende tiltak som ikke griper direkte inn i bærekraftkriteriene eller produktstandardene i direktivene.⁸⁶ En slik tolkning synes også å ligge til grunn for statens egen vurdering av Fornybardirektiv 2, hvor det uttales at *“Direktivet legger ikke opp til en endelig harmonisering av virkemidler i EU/EØS. Det er fremdeles slik at hvert land kan tilpasse sine virkemidler til nasjonale forhold”*.⁸⁷ Uten at det er avgjørende, er det også grunn til å påpeke en annen viktig forskjell fra BUP-saken. Den belgiske lovgivningen som var til vurdering i

80 Se spesielt avsnitt 39-41.

81 Avsnitt 35.

82 Avsnitt 33.

83 Se generaladvokat Kokotts uttalelse av 19. juli 2012 i sak C-26/11, ECLI:EU:C:2012:480 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-251/14, ECLI:EU:C:2015:687.

84 Ibid, premiss 34 og 38.

85 Ibid, premiss 39 og 40.

86 Se for eksempel fornybardirektivet art. 3 (minimumsandel fornybar energi) og drivstoffkvalitetsdirektivet art. 6 (krav om mer bærekraftig biodrivstoff innen visse områder), fortale premiss 23 (strengere vilkår for regionale myndigheter), 35 (samarbeid med andre land) og drivstoffkvalitetsdirektivets fortale avsnitt 20 (markedsføring av drivstoff).

87 Regjeringen.no, Fornybardirektiv 2, Vurdering (02.01.2012): <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2008/apr/fornybardirektiv-2/id2432192/>

BUP-saken gjaldt for alle som solgte drivstoff som skulle forbrukes var rammet – i praksis er det derfor sannsynlig at lovgivningen ville føre til at disse måtte forholde seg til andre blandingsforhold enn det direktivene forutsatte. Palmeoljeforbudet retter seg kun mot offentlige innkjøp, og påvirker ikke biodrivstoff som selges direkte til forbrukere eller private næringsdrivende. Forbudet går kortere enn hva som var tilfelle i Belgia, og vil dessuten gi leverandører av biodrivstoff en større frihet enn det som var tilfelle i den belgiske saken – det finnes svært mange andre typer biodrivstoff tilgjengelig på markedet.

Vi understreker at det hefter en usikkerhet knyttet til vurderingen av om et palmeoljeforbud må vurderes opp mot bærekraftskriteriene og artikkel 5 i drivstoffkvalitetsdirektivet og ikke EØS-avtalens hoveddel. Biodrivstoff teller som null i utslippsregnskapet innad i EU, og vil slik sett bidra til å nå klimamålene internt i EU. Biodrivstoff bidrar også til å nå målet om å redusere avhengigheten til fossilt drivstoff. Staten kan vurdere å gjøre unntak fra det generelle forbudet for å sikre at palmeoljeforbudet ikke forbyr biodrivstoff som oppfyller bærekraftkravene i ILUC og drivstoffkvalitetsdirektivet for å fjerne denne usikkerheten.

2.2.3 Restriksjonsbegrepet – vil et palmeoljeforbud utgjøre en restriksjon?

2.2.3.1 Overordnet

EØS art. 11 og uttrykket *“tiltak med tilsvarende virkning”* er forstått vidt av EU-domstolen og rammer nær sagt alle tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt kan påvirke samhandelen. Både diskriminerende regler og opprinnelsesnøytrale regler som kan ha markedsvridende effekt vil dermed kunne rammes.⁸⁸ Det finnes to sentrale modifikasjoner til dette utgangspunktet.

For det første har EU-domstolen lagt til grunn at nasjonale regler om bestemte *former* for salg ikke er å anse som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, dersom de påvirker omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk.⁸⁹ Det skilles dermed mellom regler som gjelder selve

produktet og regler som gjelder hvordan produktet selges (for eksempel åpningstider, salgskanaler, aldersgrenser mv).⁹⁰ EU-domstolens begrensning av restriksjonsbegrepet i Keck-avgjørelsen er ikke relevant for vurderingen av et forskriftsforbud. Et forbud mot palmeolje i biodiesel som skal kjøpes inn av norske innkjøpere under anskaffelsesreglene vil gjelde varens beskaffenhet og ikke måten varen markedsføres, distribueres eller selges på. Keck-unntaket er derfor ikke av betydning for vurderingen av et palmeoljeforbud.

For det andre har EU-domstolen unntaksvis slått fast at virkningene for samhandelen av et tiltak var for avledende og indirekte til at tiltaket kunne kvalifisere som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.⁹¹

Vi kan heller ikke se at drivstoffkvalitetsdirektivet (2009/30/EC og 98/70/EF) innebærer noen fullharmonisering.⁹² Direktivet harmoniserer riktignok innholdet i bærekraftskriteriene (minstekrav), men gir ellers ikke uttrykk for noen (full)harmonisering.⁹³ Dette støttes av at det flere steder i direktivet legges opp til at medlemsstatene skal gjennomføre ytterligere tiltak for å oppnå miljømålsetningene.⁹⁴ Dette støttes også av merknadene ovenfor knyttet til fornybardirektivet.

2.2.3.2 Konkret vurdering

Importforbud, omsetningsforbud og produktkrav faller i kjerneområdet for EØS art. 11, og vil omfattes uavhengig av om forbudet i prinsippet omfatter både innenlandske og utenlandske varer uten direkte forskjellsbehandling.⁹⁵ Vi viser i denne sammenheng til EU-domstolens prinsipielle utlegning av restriksjonsbegrepet i Scooter-saken, hvor det i premiss 35-37 heter følgende:⁹⁶

“Der foreligger således foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriksjoner i forbindelse med hindringer for de frie varebevægelser, der, i mangel af en harmonisering af de nationale lovgivninger, følger af, at der på varer fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, anvendes

88 Jf. EU-domstolens sak 8/74 Dassonville, Sml. 1974 s. 837 og EU-domstolens sak C-120/78 Cassis de Dijon.

89 Jf. Forente saker 267 og 268/91, Keck.

90 Se Forente saker C-69/93 og C-258/93, Punto Casa (åpningstider); EU-domstolens sak C-391/92, Morsmelkerstatning og EU-domstolens sak C-387/93, Bancharo (omsetningskanaler) og EU-domstolens sak C-405/98, Gourmet (reklame).

91 EU-domstolens sak C-93/92, CMC Motorradcenter, ECLI:EU:C:1993:838.

92 Se regjeringens oversikt over EØS-relevant vedtatt EU-regelverk våren 2013, tilgjengelig her: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/europa/2013eos_vaar_vedtatte_final.pdf

93 Direktiv 2009/30/EC, fortalens premiss 1 (establishes minimum specifications for petrol and diesel fuels), 23 (harmonising sustainability criteria for biofuels for target accounting purposes) og 44 (minimum level of environmental protection).

94 Se Direktiv 2009/30/EC, fortalens premiss 34.

95 Se blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-320/03 P Kommisjonen mot Østerrike ECLI:EU:C:2005:684, premiss 66 og 67: *“Clearly, by prohibiting heavy vehicles of more than 7.5 tonnes carrying certain categories of goods from travelling along a road section of paramount importance, constituting one of the main routes of land communication between southern Germany and northern Italy, the contested regulation obstructs the free movement of goods”*, EU-domstolens sak Motorcycle Trailers, C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66 hva gjaldt et forbud mot ‘motorcycles towing trailers’. Se også Sejersted, s. 321-323.

96 EU-domstolens sak C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66.

regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde, uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer.

Derimod kan nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg – og som dels finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, dels, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde – ikke direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt hindre samhandelen mellem medlemsstaterne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i praksis ifølge Dassonville-dommen. Når disse betingelser er opfyldt, kan en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat, som opfylder de af denne stat fastsatte regler, således ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet, eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer.

Følgelig skal en medlemsstats foranstaltninger, der tilsigter eller bevirker, at varer fra en anden medlemsstat behandles mindre gunstigt, ligesom foranstaltningerne omtalt i denne doms præmis 35 anses for kvantitative indførselsrestriksjoner i henhold til artikel 28 EF [nå TEUV art 34]. Enhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i en anden medlemsstat adgang til markedet i en medlemsstat, er ligeledes omfattet af samme begreb. (19)”

Et palmeoljeforbud vil vanskeliggjøre import av biodiesel basert på palmeolje, og derfor også vanskeliggjøre kommersialisering av biodiesel basert på palmeolje.⁹⁷ Slike tiltak vil, som det fremgår ovenfor, rammes selv om tiltaket utformes uten distinksjon mellom innenlandske og utenlandske produkter. Det finnes en rekke eksempler fra EU-domstolen på at miljøtiltak som hindrer eller har til virkning å hindre import eller omsetning av varer, rammes av TFEU art. 34 (tilsvarende EØS art. 11), selv om tiltaket er utformet nøytralt.⁹⁸

Dette støttes også av EU-domstolens avgjørelse i Ålands Vindkraft-saken. Saken gjaldt tolkningen av fornybardirektivet og TFEU art. 34 (tilsvarende EØS art. 11). Spørsmålet var om nasjonale støtteordninger for fornybar energi som kun omfatter produksjon på nasjonalstatens eget territorium, er i samsvar med EU-retten. Domstolen la innledningsvis til grunn at den svenske el-sertifikatordningen

kunne bidra til å redusere kraftimport, og spesielt import av kraft fra fornybare kilder – og dermed at den svenske ordningen, hvoretter kun produksjon på nasjonalstatens eget territorium var omfattet av støtteordningen, utgjorde en restriksjon etter TFEU art. 34.⁹⁹

Vi kan ikke se at EU-domstolens avgrensning mot tiltak hvor påvirkningen av samhandelen er for fjern eller avledet er relevant for denne vurderingen.¹⁰⁰ Vi viser i denne sammenheng til at EU-domstolen i den danske Bluhme-saken kom til at TFEU art. 34 var anvendelig på et forbud mot import av bier, selv om ¹⁰¹antallet bier påvirket av forbudet var begrenset:

“Finally, as the Advocate General points out at point 19 of his Opinion, since the Decision prohibits the importation of bees from other Member States onto a part of Danish territory, it has a direct and immediate impact on trade, and not effects too uncertain and too indirect for the obligation which it lays down not to be capable of being regarded as being of such a kind as to hinder trade between Member States.”

Juridisk teori har drøftet hvorvidt krav i offentlige anskaffelser som utformes uten forskjell mellom innenlandske og utenlandske varer ikke begrenser tilgangen til markedet, men snarere definerer markedet og dermed ikke utgjør noen restriksjon.¹⁰² Vi oppfatter imidlertid resonnementet som først og fremst å være knyttet til den enkelte anskaffers innkjøpsbeslutning, og ikke til lovregler og generelle forbudsbestemmelser. Vi kan heller ikke se at resonnementet har støtte i EU-domstolens eller EFTA-domstolens praksis.

Det må etter dette legges til grunn at et palmeoljeforbud i utgangspunktet vil utgjøre en restriksjon i strid med EØS art. 11, og derfor vil være i strid med EØS-avtalen. For at forbudet likevel skal være lovlig, må det utgjøre en lovlig begrunnet restriksjon etter EØS art. 13.

2.3 Vil at palmeoljeforbud utgjør en lovlig begrunnet restriksjon (EØS art. 13 – tvingende allmenne hensyn)?

2.3.1 Innledning

EØS art. 13 gjør unntak fra forbudet mot restriksjoner mot fri bevegelse av varer for tiltak som er nødvendige for å ivareta nærmere angitte hensyn. Dersom palmeoljeforbudet havner under dette unntaket, vil det være lovlig etter EØS-avtalen.

97 Se De Sadeleer i EU Environmental Law and the Internal market: “The first category [absolutt forbud mot bruk av et bestemt produkt] does not leave any room for discussion [...] where the authorities prohibit all use of a product, they indirectly prevent its commercialization”.

98 Se blant annet EU-domstolens sak C-320/03, Kommisjonen mot Østerrike, ECLI:EU:C:2005:684; sak C-325/00, Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2002:633 og sak C-379/98, Preussen Elektra, ECLI:EU:C:2001:160 mv.

99 Se sak C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.

100 Se blant annet EU-domstolens avgjørelse hvor domstolen la til grunn at restriksjonen som ifølge kommunal reguleringsplan som hindret opprettelse av nye butikker ble ansett som for fjern og avledet til å rammes av TFEU art. 34, jf. Forenede saker C 140/94, C-141/94 og C-142/94 DIP, Sml. 1995 s. I-3257.

101 EU-domstolens sak C-67/97, ECLI:EU:C:1998:584 para 22.

102 Se i denne retning Sue Arrowsmith i “The law of public and utilities procurement”, på side 257.

Tre vilkår må være oppfylt. For det første må palmeoljeforbudet forfølge et formål som står opplistet i artikkel 13. For det andre må palmeoljeforbudet være nødvendig for å oppnå dette formålet. For det tredje må palmeoljeforbudet være forholdsmessig – det må ikke være mer inngripende enn det som trengs for å oppnå det Norge vil.

Av de hensyn som er relevante for vurderingen av et palmeoljeforbud, er det hensynet til *“vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet”* som kan tenkes å føre frem.

Unntaket i EØS art. 13 suppleres av et unntak utviklet i rettspraksis for restriksjoner som er begrunnet i tvingende allmenne hensyn.¹⁰³ Dette ulovfestede unntaket skiller seg fra EØS art. 13 på to punkter. For det første er det ulovfestede unntaket bare anvendelig for restriksjoner som kommer til anvendelse på innenlandske og importerte produkter uten distinksjon. Anvendelsesområdet er dermed snevrere enn for EØS art. 13 som også omfatter tiltak som direkte retter seg mot importerte varer. Produktkrav er ofte trukket fram som eksempel på tiltak som anvendes uten distinksjon, men sondringen mellom tiltak som virker likt og tiltak som virker ulikt for innenlandske og utenlandske varer, er ikke helt klart i praksis. Dette drøftes under kapittel 2.3.2 nedenfor. For det annet skiller det ulovfestede unntaket seg fra unntaket i EØS art. 13 ved at flere ikke-økonomiske hensyn kan legitimere restriksjoner. Det er dermed flere tilgjengelige begrunnelser etter det ulovfestede unntaket, enn etter EØS art. 13.¹⁰⁴ Miljøhensyn vil kunne utgjøre et tvingende allment hensyn.¹⁰⁵

2.3.2 Er et palmeoljeforbud en opprinnelsesnøytral restriksjon (uten distinksjon mellom innenlandske og utenlandske varer)?

Et relevant spørsmål for vurderingen av om et palmeoljeforbud vil stå seg etter EØS-avtalen, er hvorvidt restriksjonen er opprinnelsesnøytral eller ikke. Dersom restriksjonen ikke er opprinnelsesnøytral (diskriminerende), vil bare de hensyn som er nevnt i EØS art. 13 kunne begrunne tiltaket. Dersom restriksjonen er opprinnelsesnøytral (enten ikke-diskriminerende eller kun indirekte diskriminerende), vil restriksjonen på nærmere vilkår kunne begrunnes i “tvingende allmenne hensyn”. En pro-

ving av tiltakets lovlighet etter EØS art. 13 er derfor presumptivt vanskeligere enn en prøving etter læren om tvingende allmenne hensyn.

Miljøtiltak vil ofte ha en tendens til å diskriminere produktet ut fra dets opprinnelse, art, innvirkning eller bruk, og dermed ikke regnes som opprinnelsesnøytrale og ikke-diskriminerende.¹⁰⁶ I en avgjørelse fra 1992 om avfallsbehandling i Wallonia (Belgia), slo EU-domstolen fast at dette ikke gjaldt avfallsbehandling som hadde en lokal karakter. Domstolen bekreftet innledningsvis utgangspunktet om at tvingende allmenne hensyn kun kan begrunne opprinnelsesnøytrale restriksjoner, men uttalte deretter følgende:¹⁰⁷

“Ved afgørelsen af, om den omtvistede hindring udgør en forskelsbehandling, må der imidlertid tages hensyn til, at affald har en saeregen karakter. Således indebaerer princippet om udbedring af miljøskader fortrinsvis ved kilden et princip, som med hensyn til Fællesskabets foranstaltninger på miljøområdet er fastsat i traktatens artikel 130 R at det tilkommer hver enkelt region, kommune eller lokal enhed at træffe passende foranstaltninger med henblik på at kunne modtage, behandle og bortskaffe eget affald; affaldet skal således bortskaffes nærmest muligt det sted, hvor det produceres, således at transporten af det begrænses i videst muligt omfang.”

Domstolen synes dermed å vurdere tiltaket opp mot miljø som et tvingende allment hensyn, uavhengig av ordlyden i TFEU art. 36, selv om tiltaket ikke var opprinnelsesnøytralt.

I Preussen Elektra-avgjørelsen fra 2001 ble EU-domstolen utfordret til å avklare hvorvidt miljøhensyn kunne begrunne tiltak som ikke var opprinnelsesnøytrale, men unngikk å ta eksplisitt stilling til spørsmålet.¹⁰⁸ Domstolen la til grunn at tiltaket (en forpliktelse til å kjøpe fornybar energi) ivaretok miljøhensyn ved at tiltaket *“bidrager til reduktion af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaændringer, som Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtet sig til at bekæmpe”*.¹⁰⁹ EU-domstolen la deretter til at *“[d]et bemærkes, at denne politik ligeledes omfatter beskyttelsen af menneskers og dyrs liv og sundhed samt bevaring af plantevækster”* (det vil si hensynet nevnt i EØS art. 13).

103 Jf. EU-domstolens sak C-120/78 Rewe Zentral (“Cassis de Dijon”), Sml. 1979 s. 649 og en rekke senere saker.

104 Se blant annet Sue Arrowsmith, Social and Environmental Policies in Procurement Law, s. 73.

105 Dette ble først anerkjent i EU-domstolens sak C-240/83 ADBHU ... hvor domstolen slo fast at miljø er “one of the Community’s essential objectives”, samt senere i EU-domstolens sak C-302/86, Kommisjonen mot Danmark, premiss 9, EU-domstolens sak C-320/03 Kommisjonen mot Østerrike, premiss 72 mv.

106 Se generaladvokat Jacobs uttalelse i Preussen Elektra, premiss 233: “Nationale miljøbeskyttelsesforanstaltninger indebærer implicit ifølge deres natur en mulighed for sondring på grundlag af risikoens art og oprindelse og må derfor forventeligt være diskriminerende, netop fordi de bygger på sådanne anerkendte prinsipper, for eksempel om “indgrep over miljøskader fortrinsvis ved kilden” (traktatens artikel 130 R, stk.2)”.
107 Se EU-domstolens sak C-2/90, Kommisjonen mot Belgia, ECLI:EU:C:1992:310, premiss 34 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0002&from=EN>

108 EU-domstolens sak C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160.
109 EU-domstolens sak C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, premiss 73 og 75. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-379/98>

I en avgjørelse fra 2004 om lovligheten av en pantordning for emballasje, kom EU-domstolen til at tiltaket ikke var opprinnelsesnøytralt, selv om det var utformet generelt.¹¹⁰ Tiltaket skapte meromkostninger for produsenter etablert i andre medlemsland.¹¹¹ Domstolen uttalte da følgende:

“Det skal bemærkes i denne henseende, at de producenter af naturligt mineralvand, der sælger deres varer i Tyskland langt fra det sted, hvor vandet udvindes, og som for størstedelens vedkommende er etableret i en anden medlemsstat, afholder yderligere omkostninger, når de anvender genbrugsemballage. [...] Selv om det er rigtigt, at en producent af naturligt mineralvand – som anført af den tyske regering – kan reducere sine omkostninger ved at tilslutte sig en ordning med standardiserede genbrugsflasker, forholder det sig ikke desto mindre således, at en producent af naturligt mineralvand, der markedsfører sine varer på flere markeder, herunder det tyske marked – som det er tilfældet for en producent, der er etableret i en anden medlemsstat, der eksporterer til Tyskland – tvinges til at tilpasse distributionen af sine varer til de specifikke krav på det tyske marked.”

I den svenske Vannscooter-saken fra 2009, la EU-domstolen til grunn at tiltaket (begrenset forbud mot bruk av vannscootere) var rettet både mot *“beskyttelsen af miljøet på den ene side og beskyttelsen af menneskers og dyrs liv og sundhed såvel som beskyttelsen af planter på den anden side”*.¹¹² I den nærmere drøftelsen var hovedfokus på miljøbeskyttelseshensynet selv om tiltaket i praksis ikke gjaldt uten distinksjon.¹¹³

Praksis er dermed sprikende med hensyn til hvor strengt vilkåret om opprinnelsesnøytralitet forstås, og hvor intenst vilkåret prøves. Det finnes også saker hvor domstolen til tross for at tiltaket innebar en faktisk forskjellsbehandling, foretar en vurdering av om tiltaket er begrunnet i miljøhensyn uten en klar forankring i EØS art. 13. I en avgjørelse fra 2005 om et forbud mot tungtrafikk på et avgrenset område i Østerrike, vurderte domstolen hvorvidt forbudet kunne begrunnes i hensynet til miljøet som et tvingende allment hensyn.¹¹⁴ Dette skjedde til tross for at transporten i hovedsak påvirket utenlandske

transportører.¹¹⁵ Tilsvarende la EU-domstolen, i en dom av 2008 om forbud mot registrering av bruktbiler tidligere registrert i en annen medlemsstat, til grunn at det ikke kunne skilles mellom vurderingen av om tiltaket var begrunnet i hensynet til offentlige helse (TFEU art. 36) eller miljø (tvingende allmenne hensyn).¹¹⁶ Dette skjedde til tross for at tiltaket behandlet utenlandske og innenlandske motorvogner ulikt.¹¹⁷

Det er opp mot disse rettslige utgangspunkter vurderingen av om palmeoljeforbud er opprinnelsesnøytralt eller ikke, må gjøres.

Et forbud vil slå hardere ut for varer fra andre land, ganske enkelt fordi det ikke er noe palmeoljebasert biodrivstoffproduksjon i Norge i dag. Kravet blir da hardere for utenlandske aktører å møte. Et forbud vil videre innebære en risiko for forskjellsbehandling ved at det typisk oppstår en tilleggskostnad og ulempe for utenlandske leverandører som har produksjon basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. I mange tilfeller vil det antagelig kunne oppstå praktiske og økonomiske utfordringer for utenlandske leverandører, og et palmeoljeforbud vil kunne forutsette omlegging eller tilpasning av produksjon av biodiesel som skal leveres til norske kunder.

Oppsummert tilsier det faktum at et forbud slår hardere ut for utenlandske aktører enn norske at et palmeoljeforbud ikke vil være et opprinnelsesnøytralt tiltak. Dette har som konsekvens at et eventuelt unntak fra forbudet i EØS art. 11 som utgangspunkt bare kan forankres i EØS art. 13 og ikke begrunnes i den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn. Vi understreker at det er en usikkerhet knyttet til denne vurderingen, og at EU-domstolens praksis ikke er helt klar på skillet mellom opprinnelsesnøytrale tiltak og tiltak med distinksjon mellom utenlandske og innenlandske varer. Etter vår vurdering er denne usikkerheten ikke avgjørende for vurderingen av lovligheten av et palmeoljeforbud. Hensynet til å unngå avskoging og redusere klimagassutslipp, vil etter vår vurdering være relevant både under EØS art. 13 og som et

110 EU-domstolens sak C-463/01, Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2004:797 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-463/01>, premiss 69.

111 Se premiss 22.

112 EU-domstolens sak C-142/05, Vannscooterdommen, ECLI:EU:C:2009:336, premiss 33.

113 Se blant premissene 35-38 og 43-44 hvor miljøhensynet drøftes nærmere, samt premissene 25-28 vedrørende markedsadgangen for utenlandske aktører.

114 Se EU-domstolens sak C-320/03, Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2005:684, premiss 84 og 85. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56110&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=989071>

115 Se dommen premiss 38.

116 EU-domstolens sak C-524/07, Kommisjonen mot Østerrike, ECLI:EU:C:2008:717, se premiss 56 (kun tilgjengelig på fransk og tysk). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75784&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=993407>

117 Tilsvarende i EU-domstolens sak C-302/88 Kommisjonen mot Danmark, hvor domstolen slo fast at emballasjeggjenvinningstiltaket ville påføre utenlandske aktører meromkostninger (premiss 17), men likevel drøftet miljøhensyn på generelt grunnlag og løsrevet fra dagjeldende TFEU art. 36. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95033&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=996497>

tvingende allment hensyn. Det sentrale spørsmålet for tiltakets lovlighet er – som vi skal komme tilbake til nedenfor – hvorvidt tiltaket er egnet og nødvendig, det vil si hvorvidt det finnes andre egnede og mindre handelsbegrensende tiltak. Dette gjelder i praksis uavhengig av om tiltakets lovlighet vurderes etter EØS art. 13 eller læren om tvingende allmenne hensyn. Vi vil nedenfor i kapittel 2.3.3 ta utgangspunkt i EØS art. 13.

2.3.3 Rettslige rammer for prøving av tiltakets lovlighet under EØS art. 13

Vilkåret for at et tiltak skal kunne begrunnes som lovlig etter EØS art. 13, er for det første at tiltaket er begrunnet i et hensyn opplistet i bestemmelsen. Det første spørsmålet er derfor om de hensyn et palmeoljeforbud skal ivareta, herunder reduksjon av klimagasser, omfattes av oppregningen i EØS art. 13. Dette vurderes under kapittel 2.3.4 nedenfor.

For det andre er det et vilkår at tiltaket er egnet til å ivareta det aktuelle hensynet og nødvendig for å ivareta det samme hensynet. De to vilkårene behandles i praksis ofte samlet under overbegrepet “proporsjonalitet”.¹¹⁸ Nødvendighetsvurderingen innebærer i praksis en vurdering av om det finnes andre like egnede tiltak som i mindre grad begrenser samhandelen.¹¹⁹ Erfaringsmessig er det ofte ved prøvingen av nødvendighetsvilkåret staten snubler i vurderingen av om tiltaket er lovlig begrunnet, og vilkårene om egnet og nødvendig vurderes under kapittel 2.3.5 og 2.3.6 nedenfor.

Juridisk litteratur skiller tidvis mellom forholdsmessighet i vid forstand (egnet og nødvendig) og forholdsmessighet i snever forstand (rimelig sammenheng mellom begrensningen av den frie bevegelse og det formål tiltaket beskytter). EU-domstolen følger imidlertid ikke noe konsekvent mønster hvor det etter vurderingen av egnethet og nødvendighet foretas en tredje forholdsmessighetstest. Når dette trekkes frem i juridisk litteratur, er det derfor først og fremst et resultat av en etterfølgende rettsvitenskapelig analyse, hvor domstolens praksis tidvis viser at overordnede betraktninger knyttet til sammenhengen mellom tiltakets mål og handelsbegrensende virkning eller en prøving av statens valg av *beskyttelsesnivået* har hatt innvirkning på utfallet i saken. Vi behandler dette som under kapittelet om nødvendighet og forholdsmessighet (underkapittel 2.3.6.2).¹²⁰

For det tredje er det et vilkår etter EØS art. 13 at restriksjonen eller forbudet ikke brukes til “*vilkårlig forskjellsbehandling*” eller utgjør en “*skjult hindring*” på handelen mellom avtalepartene. Dette uttrykkes tidvis også som et vilkår om at tiltaket må være konsistent. Vilkåret er ikke konsekvent gjenstand for prøving i domstolens saker, men bør kommenteres gitt at det står i bestemmelsen. Vilkåret er etter vår vurdering av mindre betydning for et generelt forbud, hvor regelen, formålet og begrunnelsen for regelen er allmenngjort, men vil kunne ha en viss betydning for vurderingen av alternativer til et forbud.¹²¹ Vi vurderer vilkåret om “vilkårlig forskjellsbehandling” og hensynet til konsistens under kapittel 2.3.7.

2.3.4 Tiltaket må ivareta et legitimt formål (adekvansvurdering)

EØS art. 13 skal ikke tolkes utvidende til å omfatte flere og andre unntakskategorier. Det avgjørende er om de miljøhensyn som et palmeoljeforbud skal ivareta faller inn under “*vernet om mennesker og dyrs liv og helse*”, samt “*plantelivet*”.

Et palmeoljeforbud vil – i hvert fall i noen grad – kunne redusere avskoging, redusere utslipp av klimagasser og bidra til større landarealer til matjord.

Hvorvidt hensyn som å redusere avskoging, redusere utslipp av klimagasser og øke landarealene til matjord kan rubriseres under EØS art. 13, er ikke uten videre klart. Etter vår vurdering må det likevel senest etter EU-domstolens avgjørelse i Ålands Vindkraft-saken fra 2014 legges til grunn at klimahensyn er innenfor kategorien av de hensyn som vil kunne begrunne handelsrestriksjoner etter EØS art. 13. Tiltaket rammet i større grad utenlandske kraftprodusenter, og var dermed ikke opprinnelsesnøytralt. Med andre ord skulle vurderingen av om tiltaket var lovlig begrunnet etter domstolens tradisjonelle utgangspunkt, foretas etter EØS art. 13, ikke læren om tvingende allmenne hensyn. Domstolen uttaler i avsnitt 77 følgende:¹²²

“Ifølge fast retspraksis kan nationale foranstaltninger, der kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet, BLANT ANNET være begrundet i tvingende miljøbeskyttelseshensyn (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Østrig, EU:C:2008:717, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

Det bemærkes i denne henseende, at brugen af vedvarende energikilder til fremstilling af elektricitet

118 Se blant annet generaladvokatens uttalelse i EU-domstolens sak C-169/89, *Gourmetterie Van den Burg*, ECLI:EU:C:1990:124, premiss 8.

119 Se blant annet generaladvokatens uttalelse i EU-domstolens sak C-169/89, *Gourmetterie Van den Burg*, ECLI:EU:C:1990:124, premiss 8.

120 Se også Sejersted m.fl. i EØS-rett, s. 339 som gir lite til en slik vurdering.

121 Se for eksempel EU-domstolens sak C-121/85, *Conegate*, hvor det britiske forbudet mot import av “oppblåsbare dukker av åpenbar seksuell karakter” var en vilkårlig forskjellsbehandling. Bakgrunnen for vurderingen var at det bare gjaldt et klart forbud mot omsetning av de samme objektene i deler av UK, samtidig som det var uklart hvilke begrensninger som gjaldt i Skottland. Det britiske lovverket la dermed ikke opp til et konsekvent og fullstendig forbud.

122 Se EU-domstolens sak C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.

– som er målet med en ordning som den i hovedsagen omhandlede – er egnet til å beskytte miljøet, for så vidt som den bidrager til reduisering af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaændringer, som Den Europæiske Union og dens medlemsstater har forpligtet sig til at bekæmpe (jf. i denne retning dom *PreussenElektra*, EU:C:2001:160, præmis 73)."

Også avfallsdommen fra Wallonia kan tas til hensyn for at domstolen har akseptert bredere miljøhensyn under EØS art. 13.¹²³ EU-domstolens tidligere nevnte avgjørelser i blant annet sak C-320/03 (tungtransportforbud i Østerrike), har videre vist at det er en nær sammenheng mellom de miljøhensyn som kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn og de miljøhensyn som kan forankres i "vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet..." i EØS art. 13. Domstolen slo innledningsvis fast at det følger av fast rettspraksis at nasjonale tiltak som hindrer samhandelen innenfor EU/EØS "kan [...] være begrundet i tvingende miljøbeskyttelseshensyn, forutsatt at de pågående foranstaltninger står i rimeligt forhold til det tilsiktede formål".¹²⁴ Domstolen la etter dette til grunn at beskyttelse av luftkvaliteten var et relevant hensyn, selv om tiltaket som tidligere nevnt rammet utenlandske varer i større grad enn innenlandske.

Gode grunner taler også for å forstå unntaket og kategorien "dyrs liv og helse", samt "plantelivet" vidt til å omfatte miljøhensyn i bredere forstand. For det første vil global oppvarming og klimakollaps i verste konsekvens også være en direkte trussel mot menneskers og dyrs liv og helse. For det annet er det ingen grunn til at global oppvarming og klimahensyn skal stå tilbake for andre beskyttelsesgrunner som tradisjonelt faller innenfor begrepet "hensynet til plantelivet". Paradokset understrekes blant annet av Poncelet:¹²⁵

"Although Article 36 TFEU encompasses the protection of animals and plants, it does not envisage environmental protection as a ground for derogation. In the seminal Cassis de Dijon case, the Court paved the way for an extension of the derogatory regime to some "mandatory requirements" (rule of reason). A few years later, the Court felt that the protection of the environment may be subsumed under this judge-made category. Nevertheless, a significant distinction remains. Whereas Article 36 may save measures treating domestic and foreign producers in a different

way, the Cassis de Dijon doctrine is restricted to de jure or de facto equally-applicable measures. It is argued that this distinction is flawed and no longer tenable in view of the major profile conferred on EU environmental policy. By no means does environmental protection embody a less legitimate interest than those listed in Article 36."

Dersom EFTA-domstolen skulle legge til grunn at et palmeoljeforbud er opprinnelsesnøytralt og anvendt uten distinksjon, er det klart at de aktuelle miljøhensynene er legitime i samsvar med læren om tvingende allmenne hensyn.¹²⁶

2.3.5 Tiltaket må være egnet

Egnethetstesten forutsetter ikke at tiltaket skal være mer effektivt enn andre mulige tiltak, bare at det skal være tjenlig.¹²⁷ Generaladvokat Geelhoed utbroderte innholdet i den rettslige testen på følgende måte i sak C-320/03 om tungtransportforbud i Østerrike:¹²⁸

"Om bekendtgørelsen er egnet, skal vurderes under hensyn til aspekter som for eksempel dens effektivitet (er det sandsynligt, at den vil føre til den ønskede begreænsning af emissioner inden for en acceptable tidsfrist?), dens gennemførlighed i praksis (er den et effektivt middel til at opnå målet?) og muligheden for at håndheve den (er det muligt at tvinge virksomhederne til at ændre deres adfærd som ønsket?)."

Når det gjelder vurderingen av tiltakets effektivitet og eventuell vitenskapelig usikkerhet, har både EU-domstolen og EFTA-domstolen akseptert en føre var-tilnærming ved å akseptere tiltak som er innrettet mot å avverge en risiko for skade eller tap.¹²⁹ Risikoen må vurderes basert på en grundig evaluering.¹³⁰

Forutsatt at Norge kan dokumentere vitenskapelig at reduksjon av biodieselproduksjon basert på palmeolje kan bidra til miljøgevinster, vil tiltaket mest sannsynlig være egnet. Et forbud knyttet til alle innkjøp underlagt anskaffelsesreglene, vil også ha et omfang og en rekkevidde som etter alt å dømme tilsier at tiltaket vil bli vurdert som effektivt. Vi viser til sammenligning til EU-domstolens avgjørelse i den danske flaskegjenvinningssaken, hvor domstolen bemerket følgende: "Det er utvilsomt riktig, at det retursystem, der består for godkendte emballager,

123 Se EU-domstolens sak C-2/90, Kommisjonen mot Belgia, ECLI:EU:C:1992:310, premiss 34 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0002&from=EN>

124 Se dommen, premiss 70 med videre henvisninger.

125 Se Charles Poncelet, Free Movement of Goods and Environmental Protection in EU Law: A Troubled Relationship?, International Community Law Review, vol. 15, nr. 2, s. 171-201.

126 Se blant annet EU-domstolens sak C.573/12, ECLI:EU:C:2014:2037, premiss 77.

127 Det finnes få eksempler på at EU- eller EFTA-domstolen har underkjent tiltak som uegnede, se blant annet Gjermund Mathisen, Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter i Jussens Venner, vol. 42, s. 80-92 med videre henvisninger.

128 Se EU-domstolens sak C-320/03, Kommisjonen mot Østerrike av 14. juli 2005, ECLI:EU:C:2005:459, premiss 65. <https://www.regjeringen.no/no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2010/okt/kodifisering-av-9834/id2433678/>

129 EU-domstolens sak C-192/01 *Commission v. Denmark* ECLI:EU:C:2003:492, para. 46.

130 Ibid. premiss 41.

*sikrer en maksimal genanvendelsesgrad og dermed en meget mærkbar beskyttelse af miljøet som følge af, at den tomme emballage kan afleveres hos enhver drikkevaredeetailist”.*¹³¹ Domstolen la imidlertid vekt på at systemet ikke omfattet ikke-godkjent emballasje (som ville forsterket miljøgevinsten) og at tiltaket kun omfattet en begrenset mengde drikkevarer, slik at tiltaket ikke stod i et rimelig forhold til miljømålet.

Det faktum at det ikke er selve produktet, men produksjonsmåten som skaper klimagassene og den uheldige miljøvirkningen, er ikke i seg selv til hinder for at tiltaket kan være egnet. EU-domstolen har til sammenligning tidligere slått fast at det kan være gode grunner til å innrette et tiltak mot produksjonsstadiet, og ikke på det senere forbruksstadiet dersom dette gjør tiltaket mer effektivt.¹³² Et tiltak som er rettet mot selve innførselen eller omsetningen av produktet, vil kunne være et effektivt tiltak dersom produksjonen av produktet har uønskede virkninger. Hvorvidt tiltaket likevel går for langt og hensynet til miljøet bedre kan ivaretas av andre tiltak, vurderes i neste kapittel.

Et neste spørsmål er hvilken betydning det har at tiltaket er ekstra-territorielt og innrettet mot produksjon i land utenfor EØS basert på globale klimautfordringer. Basert på trusselen om global oppvarming og EUs tilnærming til globale miljøtrusler, er det ikke grunnlag for å avgrense lovlige tiltak etter EØS art. 13 til innenlandske tiltak. EU-traktaten selv anerkjenner i TFEU art. 192 at medlemslandenes miljøtiltak ikke må være begrenset til tiltak som har virkning innenfor riket. Dette støttes av at EU selv, blant annet gjennom fornybardirektivet, har vedtatt lovgivning innrettet mot ekstraterritorielle miljøvirkninger.¹³³

Hvorvidt palmeoljeforbudet vil være egnet til å oppnå miljøgevinster vil etter dette til syvende og sist bero på hvilke miljøgevinster en ønsker å oppnå med forbudet. I vurderingen må det her undersøkes om palmeoljeforbudet ikke bare vil føre til at produsenter går over til å dyrke andre planter på måter som fører til samme negative miljøeffekter. Det kan tenkes at forbudet vil føre til at produsenter går over til å bruke mindre effektive planter, og dermed ender opp med å bruke større arealer og mer ressurser til å dyrke frem råstoffet til biodrivstoffet. Dersom dette er tilfelle, er det ikke opplagt at et forbud kun mot palmeolje vil være egnet til å oppnå reduserte utslipp. Kravet til dokumentasjon hva gjelder de

positive virkningene av et palmeoljeforbud må i denne sammenheng ikke tolkes for strengt – og det stilles etter praksis ikke krav til absolutt dokumentasjon. Derimot bør staten med en viss tyngde kunne dokumentere at nettovirkningene av et palmeoljeforbud – hensyntatt også virkninger som nevnt over – med en rimelig grad av sannsynlighet vil være positive for miljøet. Vi går ikke nærmere inn på denne naturvitenskapelig vurderingen her.

Ved å knytte forbudet opp mot et håndhevingsregime som er forankret i lov om offentlige anskaffelser og anskaffelsesforskriftene, vil forbudet være gjennomførbart og håndhevbart. Etter vår vurdering må det derfor legges til grunn at et palmeoljeforbud vil være egnet til å oppfylle miljøformålet knyttet til å redusere klimagassutslipp og avskoging. Det sentrale gjenværende spørsmålet for lovlighetsvurderingen er da om forbudet er nødvendig og dermed proporsjonalt. Dette vurderes i neste avsnitt.

2.3.6 Tiltaket må være nødvendig og forholdsmessig

2.3.6.1 Rettslig utgangspunkt

I tillegg til at et tiltak må forfølge et legitimt formål, må det være nødvendig og forholdsmessig for at det likevel skal være lovlig under EØS art. 13.

Proporsjonalitetsvurderingen har en prinsipiell og en funksjonell side.¹³⁴ Det prinsipielle spørsmålet er om nasjonale myndigheter har gått for langt i å prioritere hensynet til det (lovlige) allmenne hensyn på bekostning av den frie bevegelse. Denne delen av testen innebærer en overprøving av den nasjonale vurdering av hvilket beskyttelsesnivå som er ønskelig. Her har EU-domstolen og EFTA-domstolen i utgangspunktet vært svært tilbakeholdne med å overprøve medlemsstatenes vurderinger.¹³⁵ Norge må derfor antas å ha stor handlefrihet på dette punktet, og vurderingen av beskyttelsesnivå er en utpreget politisk vurdering.¹³⁶

Den andre siden av proporsjonalitetsprinsippet er funksjonell. Spørsmålet er om det samme beskyttelsesnivået (eller iallfall det beskyttelsesnivå som EU-domstolen finner rimelig) kunne vært oppnådd på andre måter som ville ha vært et mindre hinder for samhandelen. Denne delen av testen innebærer en overprøving av den nasjonale vurdering av beskyttelsesmåten, hvor både EU-domstolen og EFTA-domstolen har vært mer aktiv.

131 Premiss 20.

132 Premiss 90.

133 For en nærmere drøftelse av problemstillingen se De Sadeler, EU Environmental law and the internal market, s. 301-303.

134 Proporsjonalitetstesten er nærmere behandlet i Sejersted m.fl. på side 339 flg.

135 Se for eksempel EU-domstolens sak C-124/97 Läära, Sml. 1999 s. I-6067, premiss 35.

136 Se også Sejersted, s. 339.

Det er staten som har bevisbyrden for at tiltaket er lovlig. Denne bevisbyrden er antatt å innebære både bevisføringsplikten og tvilsrisikoen.¹³⁷ Kravet til bevis og dokumentasjon knyttet til tiltakets egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet behandles nedenfor under kapittel 2.6.

2.3.6.2 Statens valg av beskyttelsesnivå

EU-domstolen og EFTA-domstolen har som nevnt bare unntaksvise grepet inn i tilfeller hvor domstolen mener det foreligger "overbeskyttelse", det vil si at staten har hatt en for ambisiøs politikk. Cassis de Dijon-avgjørelsen fra 1979 kan leses som et eksempel på en slik prøving (selv om avgjørelsen som oftest ses på som et eksempel på overprøving av beskyttelsesmåten).¹³⁸ Domstolen kom til at hensynet til at tyske forbrukere ikke skulle villedes med hensyn til produktets egenskaper (lavere alkoholinnhold), kunne imøtekommes på en mindre handelshindrende måte enn gjennom et totalforbud mot omsetning, for eksempel ved at det ble gitt et påbud om tydelig merking av alkoholinnholdet på flasken. Samtidig vil de fleste antakelig være enige i at ikke alle leser etiketter like nøye, slik at et totalforbud er et mer effektivt forbrukervern enn et påbud om merking. Saken kan derfor leses som en moderat overprøving av beskyttelsesnivå.

Et klarere eksempel fra miljøretten er den danske flaskepantsaken.¹³⁹ Danmark tillot opprinnelig kun emballasje på flasker som var godkjent av Miljøstyrelsen, men endret så loven slik at ikke-godkjent emballasje kunne omsettes såfremt det ble etablert et pant- og retursystem og begrenset til en kvote på 3000 hektoliter pr. år pr. produsent. EU-domstolen bemerket at systemet med returordning bidro til en "meget mærkbar beskyttelse" av miljøet, og at det ikke lot seg gjøre å etablere et like effektivt system for ikke-godkjent emballasje som måtte returneres til den som har solgt drikkevarene. Domstolen fant likevel at Danmark gikk for langt ved begrensningen til 3000 hektoliter pr. år for ikke-godkjent emballasje, ettersom også alternative returordninger etablert av produsentene bidro til miljøgevinster, samtidig som den importerte mengden drikkevarer uansett var av begrenset omfang. Beskyttelsen av den danske returordningen gikk derfor for langt, og begrensningen til 3000 hektoliter stod "ikke i rimeligt forhold til det forfulgte formål".¹⁴⁰ Saken viser at vurderingen er konkret og relativ – domstolen foretar ikke noen generell og absolutt avveining av "miljøhensyn" mot "hensynet til fri bevegelse".

EUs tilnærming til miljø og fri bevegelse er relevant for tolkning av hva som er lovlig beskyttelsesnivå etter EØS-retten. I vurderingen av om staten ved et forbud går lengre enn nødvendig i fastsettelsen av beskyttelsesnivået, vil det derfor være relevant å se nærmere på betydningen av miljøhensynet og klimagassutslipp i EU.

For det første er miljøbeskyttelse et av EUs grunnleggende formål.¹⁴¹ Dette fremgår av TFEU art. 3 nr. 3 hvor det heter at:

"The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance." [våre understrekinger].

Miljøhensyn er for øvrig forankret i EUs løpende lovgivning gjennom TFEU art. 11 som slår fast at

"Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development".

Bestemmelsen understreker at det er tale om et tverrgående og grunnleggende formål.

For det andre har EU satt ambisiøse klimamål. I 2014 vedtok Rådet for EU en ambisiøs klima- og energipolitikk som forplikter EU til å redusere klimagassutslipp med 40 % innen 2030, og fremme fornybar energi, slik at minst 27 % av all energi produsert i Europa er grønn, samt arbeide frem en høyere energieffektivitet (30 % forbedring sammenlignet med 1990). Den etterfølgende publiseringen av Kommisjonens planer for 'Clean Energy Transition' og omfattende utkast til lovgivningspakke den 30. november 2016 understreker hastverket med å ta viktige skritt mot å oppnå en lavkarbonøkonomi, slik at Europas avhengighet av fossilt brensel vil være betydelig redusert, om ikke fjernet innen 2050. EU er videre part i den nye globale klimaavtalen, andre fase av Kyoto-protokollen og deltaker i en rekke andre tiltak.¹⁴² Begrensning av global oppvarming er dermed i kjernen av EUs miljøpolitikk og dette vil ha betydning for hvilket handlingsrom den enkelte EU/EØS-stat innrømmes under reglene om fri bevegelse.

137 Se blant annet Sejersted, s 341.

138 Se EU-domstolens sak 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

139 Se EU-domstolens sak 302/86, Kommisjonen mot Danmark, ECLI:EU:C:1988:421.

140 Premiss 21 på s. 4632.

141 Jf. dom av 7.2.1985, EU-domstolens sak C-240/83, ADBHU, Sml. s. 531, premiss 13, av 20.9.1988, EU-domstolens sak C 302/86, Kommisjonen mot Danmark, Sml. s. 4607, premiss 8, av 2.4.1998, EU-domstolens sak C-213/96, Outokumpu, Sml. I, s. 1777, premiss 32.

142 Se pressemelding av 14. juli 2015 med videre henvisninger: https://ec.europa.eu/clima/news/articles/news_2015071401_en

Det følger altså både av EU-traktaten selv og charteret av fundamentale rettigheter at staten i prinsippet står fritt til selv å velge beskyttelsesnivå i miljøpolitikken.¹⁴³ Den sentrale testen for om et palmeoljeforbud står seg, er derfor hvorvidt det finnes andre like egnede og mindre inngripende tiltak. Dette drøftes i neste kapittel.

2.3.6.3 Vurdering av om beskyttelsesnivået kan nås med tiltak som virker mindre begrensende på samhandelen (nødvendighetskriteriet)

a) Rettslig utgangspunkt

Det sentrale spørsmålet under den EØS-rettslige vurderingen av om tiltaket er nødvendig, er hvorvidt de relevante miljøhensynene kan oppnås like effektivt med alternative tiltak som i mindre grad begrenser den frie bevegelse av varer.¹⁴⁴ Dersom tiltaket gjentar tiltak som allerede er i kraft, vil det ikke være nødvendig.¹⁴⁵ Et alternativt tiltak må imidlertid være realistisk, og ikke rent teoretisk – og det må være tilstrekkelig effektivt til å oppnå det formål staten søker å oppnå.¹⁴⁶ Staten må derfor ved vurderingen av forbudet ta hensyn til om tiltakets målsetning helt eller delvis er oppfylt eller ivarettatt ved andre tiltak i en annen EU/EØS-stat.

EU-domstolen har i dom av 7. februar 1985 (ADBHU) lagt til grunn at tiltak som gjøres for å beskytte miljøet kun må omfatte *“sådanne absolut uundgåelige restriksjoner, som er begrundet i det almene hensyn, som miljøbeskyttelsen udgør”*.¹⁴⁷

Uttalelsen synes å oppstille en streng terskel for hva som kan være nødvendig. I teorien er det derfor lagt til grunn at *“general prohibitions on imports of goods and products which will be harmful to the environment or pose a threat to health will not easily pass the proportionality test”*.¹⁴⁸ Samtidig viser en gjennomgang av praksis at miljøhensyn er blant de hensyn som ofte vil begrunne restriksjoner av den frie bevegelse.¹⁴⁹

Ved tiltak som er rettet mot miljøutfordringer utenfor landets grenser, for eksempel import- eller innkjøpsforbud begrunnet i klimapolitikk, oppstår et tilleggsspørsmål knyttet til i hvilken grad ekstra-territorielle hensyn kan begrunne restriksjoner av den frie bevegelse. Innledningsvis er det her grunn til å påpeke at medlemsstatene (og EFTA/EØS-statene) kan fatte tiltak på miljøområdet som retter seg mot globale miljøproblemer. Dette har støtte blant annet i at regler adoptert i EU med hjemmel i TFEU art. 192 omfatter tiltak som går ut over medlemsstatenes territorier, og som er rettet mot blant annet *“globale miljøproblemer, og navnlig bekæmpelse av klimaendringer”*.¹⁵⁰ Det finnes også en rekke eksempler på at EU eller medlemsstaten ser på måten et produkt er fremstilt eller tilvirket på, for å ivareta miljøhensyn.¹⁵¹ Enkelte saker fra EU-domstolen gjelder også direkte ekstra-territorielle miljøtiltak og fri bevegelse av varer. I sak C 169/89 som gjaldt et nederlandsk importforbud for spesielle fuglearter, uttalte generaladvokat Van Gerven følgende:

*“I consider it sufficient to assume that a Member State can rely on the concern for animal life in another Member State to justify a restriction on the free movement of goods. It is quite clear, however, in my view, that the requirements of necessity and proportionality, which I shall discuss in due course, must in such a case be assessed with the customary rigour.”*¹⁵²

Ålands Vindkraft-dommen listet tre grunner til at en territoriell begrensnings av den svenske støtteordningen for grønn energi var proporsjonal. Grunnene er relevante for vurderingen av et palmeoljeforbud.¹⁵³ For det første noterte EU-domstolen at det var gode grunner til å innrette tiltaket mot produksjonsstadiet, og ikke på det senere forbruksstadiet. Domstolen bemerket at det var vanskelig å ‘spore’ grønn elektrisitet *“således at den systematiske udskillelse af elektricitet som grøn elektricitet ved distributionen og forbrug er vanskelig at gennemføre”*.¹⁵⁴ Vi

143 Se i denne retning Charles Poncelet, Free Movement of Goods and Environmental Protection in EU Law: A Troubled Relationship? i International Community Law Review, Vol. 15, nr. 2, 2013.

144 Se blant annet EU-domstolens sak E-4/04, Pcdiccl, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1 (avsnitt 56) og EU-domstolens sak C-261/81, Rau, ECLI:EU:C:1982:382, para 12.

145 Se EU-domstolens sak C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. 2002 s. 1-607 (avsnitt 36).

146 Se EU-domstolens sak C-394/97, Heinonen, Sml. 1999 s. 1-3599 (avsnitt 42-44): *“the alternatives proposed by the Commission do not appear to be effective enough to attain the objective pursued”*.

147 EU-domstolens sak C-240/83, ECLI:EU:C:1985:59.

148 J.H. Jans and H.H.B. Vedder, European Environmental Law (Europa Law Publishing, 3rd ed., 2008), p. 257. Se også L. Krämer, “Environmental Protection and Article 30 EEC Treaty”, (30) CMLR (1993), p. 125.

149 Se Vassilis Hatzopoulos i Andenæs, Bekkedal og Pantaleo (red.), the Reach of Free Movement, 2017, på side 147. Hatzopoulos viser til å ha undersøkt 288 saker (466 tiltak) i perioden 1958 til midten av 2009, hvor 47 restriksjoner ble begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Totalt fem saker gjaldt handelsrestriksjoner begrunnet i miljøtiltak, hvorav fire ble godtatt som lovlig begrunnet.

150 Se TFEU art. 191.

151 Se blant annet De Sadeler, EU Environmental law and the internal market, s. 302 som henviser til EU Rådets afgørelse af 26. januar 1998 om undertegnelse og indgåelse af aftalen om internationale standarder for human fældefangst mellem Det Europæiske Fællesskab, Canada og Den russiske Føderation samt af det godkendte protokollat mellem Canada og Det Europæiske Fællesskab om undertegnelse af nævnte aftale.

152 EU-domstolens sak C-169/89, Gourmetteria Van den Burg, ECLI:EU:C:1990:124.

153 EU-domstolens sak C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.

154 Premiss 90.

skal komme tilbake til betydningen av alternative tiltak til et palmeoljeforbud i form av merkeordninger og lignende nedenfor.

For det annet pekte EU-domstolen på at fornybar-direktivet setter bindende nasjonale mål for den enkelte stat som er utviklet i samarbeid mellom de enkelte medlemsstatene og EU. Domstolen påpekte i denne sammenheng at det er *“af afgørende betydning, for at nationale støtteordninger kan fungere, som de skal, at medlemsstaterne kan styre virkningerne af og omkostningerne ved disse støtteordninger alt efter deres forskellige potentiale, samtidig med at investorernes tillid bevares”*.¹⁵⁵ Dette gir etter vår vurdering staten et handlingsrom, såfremt bærekraftig produksjon av biodiesel ikke allerede anses (tilstrekkelig) ivaretatt av direktivet.¹⁵⁶

For det tredje tilbakeviste domstolen Ålands Vindkrafts argument knyttet til at de territorielle begrensningene av støtteordningen ikke lenger var nødvendige, ettersom Sverige allerede rådde over tilstrekkelig kapasitet til å produsere grønn elektrisitet i samsvar med fornybarhetsmålene. Domstolen uttaler til dette følgende:¹⁵⁷

“I denne henseende skal det bemærkes, at på EU-rettens nuværende udviklingstrin kan en sådan geografisk begrænsning i sig selv anses for at være nødvendig for at opnå det lovlige formål, som forfølges i det foreliggende tilfælde, om at fremme øget brug af vedvarende energikilder inden for produktionen af elektricitet.”

Selv om Sverige hadde nådd fornybarhetsmålene, var det ifølge domstolen slik at tiltakene hadde *“til formål på lang sikt at fremme investeringer i nye anlegg ved at give producenterne visse garantier med hensyn til den fremtidige afsætning af deres produktion af grøn elektricitet”*. Domstolen understreket dermed behovet for å se bærekraft i et langsiktig perspektiv. I den grad Norge allerede ligger an til å nå fornybarhetsmålene, vil et palmeoljeforbud kunne bidra til overoppfyllelse. Uttalelsene i Ålands Vindkraft-saken gir imidlertid støtte til at dette ikke i seg selv svekker mulighetene til å begrunne et tiltak som palmeoljeforbudet i EØS art. 13.

Det er samtidig viktig å understreke at den svenske grønne sertifikatordningen ble underlagt grundig proporsjonalitetsprøving: Selv om grønne sertifikater ble tildelt svenske grønne kraftprodusenter, stengte ikke ordningen det svenske markedet for utenlandske produsenter. Riktignok er kraftprodusenter etter el-sertifikatloven underlagt en plikt til å kjøpe en viss kvote av sertifikater tilsvarende det samlede salg eller forbruk av kraft, men straffen (boten) for manglende oppfyllelse av kvoteplikten var ikke høy. Den svenske lovgivningen innebar derfor ikke et per se-forbud mot import av utenlandsk kraft.

Praksisen vi har gjennomgått viser en bevegelse i EU og EU-domstolen i retning av å tillegge miljø større betydning.¹⁵⁸ Generaladvokat Jacobs foreslo i Preussen Elektra-saken en tilnærming til fri bevegelse-reglene, hvor miljø skulle tillegges mer vekt. I uttalelsen heter det blant annet at *“[m]en affaldsdommen [C-2/90, Kommissionen mod Belgien] viser også noget andet, nemlig at det er hensigtsmæssigt, at også direkte diskriminerende foranstaltninger kan være begrundet i hensynet til miljøbeskyttelse”*.¹⁵⁹ I nyere publikasjoner er det utviklet en konsensus om at miljøbeskyttelse er et av formålene til selve EU-samarbeidet i samsvar med TFEU art. 3. Fra først og fremst å omhandle økonomisk integrasjon, har EU i større grad utviklet seg til et felles marked hvor nå ivaretagelsen av sosiale, politiske og miljømessige hensyn har blitt mer sentralt.¹⁶⁰

Denne utviklingen gjenfinnes i EU-domstolens dom fra 2009 i Mickelsson og Roos hvor domstolen legger til grunn en noe lempet nødvendighetstest:¹⁶¹

“Skønt det i denne henseende i den foreliggende sag ikke er udelukket, at andre foranstaltninger end forbudet i den nationale bekendtgørelses § 2 kan sikre et vist miljøbeskyttelsesniveau, forholder det sig dog ikke desto mindre således, at medlemsstaterne ikke kan afskæres fra muligheden for at nå et formål som beskyttelsen af miljøet ved at indføre generelle regler, som er nødvendige på grund af den berørte medlemsstats geografiske særegenheder, og som de nationale myndigheder let kan forvalte og håndhæve (jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 67).”

155 Se premiss 99.

156 Se blant annet EU-domstolens sak C-169/89 som gjaldt et Nederlandsk importforbud for spesielle fuglearter, premiss 16: *“The answer to the question submitted for a preliminary ruling must therefore be that Article 36 of the Treaty, read in conjunction with Council Directive 79/409 of 2 April 1979 on the conservation of wild birds, must be interpreted as meaning that a prohibition on importation and marketing cannot be justified in respect of a species of bird which does not occur in the territory of the legislating Member State but is found in another Member State where it may lawfully be hunted under the terms of that directive and under the legislation of that other State, and which is neither migratory nor endangered within the meaning of the directive.”*

157 Se premiss 92.

158 Se i denne retning blant annet Stephen Weatherill, Free movement of goods, the international and comparative law quarterly (Oxford), vol. 61, nr. 2, s. 541-550, på s. 543 (bokstav c).

159 Se EU-domstolens sak C-378/98, ECLI:EU:C:2000:585, para 229 flg.

160 Se blant annet Walter Frenz, Erneubare Energien in den neuen EU- Umwelt und Beihilfeleitlinien i ZNER 2014, nr. 4, s. 345 og Dörte Fouquet og Jan W. Nysten, Renewable energy support and free movement of goods, i European Energy Journal, Vol. 4, nr. 4, november 2014.

161 EU-domstolens sak C-142/05 Mickelsson and Roos, ECLI:EU:C:2009:336, premiss 36.

Denne linjen kan også spores i en annen av EU-domstolens avgjørelser fra 2009 i Kommisjonen mot Portugal.¹⁶² Saken gjaldt riktignok ikke miljø i snever forstand, men vurdering av trafikksikkerhet og et portugisisk forbud mot at mopeder trakk påhengsvogner. Generaladvokat Legér la til grunn at *“en så indgribende foranstaltning som et generelt og absolutt forbud”* ga staten en plikt til *“indgående at undersøge muligheden for at anvende foranstaltninger, der i mindre grad begrænser den frie bevægelighed, og kun at udelukke dem, hvis de var klart uegnede til at opfylde det tilstræbte formål”*. Generaladvokaten var mindre opptatt av å sammenligne effekten av de ulike alternative tiltakene, og la til grunn at det begrenset til utsatte strekninger, pass eller særlig trafikerte strekninger måtte rekke. Domstolen la en ganske annen tilnærming til grunn. Staten kunne ifølge domstolen ikke påkrevdes å vise *“at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det muligt at nå det nævnte formål”*.¹⁶³ Domstolen kom deretter til at reglene om fri bevegelse ikke var til hinder for at staten, for å nå formålet om trafikksikkerhet, innførte et enkelt tiltak som sjåførene lett forstod og som lett lot seg håndheve og forvalte.¹⁶⁴

Domstolen anerkjenner dermed at staten ikke nødvendigvis har en plikt til alltid å velge det minst inngripende tiltaket, så lenge staten kan vise til at tiltaket er mer effektivt eller bedre egnet som følge av andre hensyn, for eksempel forvaltningshensyn, håndhevingshensyn eller geografiske hensyn. I denne konkrete saken kunne den svenske staten også vise til at alternative tiltak ville medføre høyere administrative kostnader og være mindre effektive. Domstolen uttalte videre følgende:¹⁶⁵

“Retsforskrifter som de i hovedsagen omhandlede kan i princippet anses for at være forholdsmæssige på betingelse af, for det første, at de kompetente nationale myndigheder er forpligtede til at træffe sådanne iværksættelsesforanstaltninger, og dernæst, at disse myndigheder faktisk har udøvet den kompetence, som er tildelt dem i denne henseende, og at de har udpeget de områder, der opfylder betingelserne i den nationale bekendtgørelse, og endelig at sådanne foranstaltninger er vedtaget inden for en rimelig frist efter denne bekendtgørelses ikrafttræden.”

Enkelte har tolket uttalelsen slik at absolutte forbud kun vil bestå proporsjonalitetstesten dersom det åpnes for unntak.¹⁶⁶ Vi kan ikke se at uttalelsen gir grunnlag for å utlede en generell regel om at forbud må ha unntak for å bestå testen i EØS art. 13. I den svenske saken var det et poeng at tiltaket selv la opp til et forbud mot vannscootere som lokale myndigheter hadde rett, men ingen plikt, til å gjøre unntak fra dersom visse vilkår knyttet til lydnivå og forstyrrelser var oppfylt. Det var under disse faktiske omstendigheter at domstolen la til grunn at lokale myndigheter måtte ha en plikt til å gi unntak hvor vilkårene var oppfylt, og at tiltaket i mangel av en slik plikt ikke ville være forholdsmessig. Uttalelsen er konkret og gitt på bakgrunn av innretningen av den svenske ordningen, og er ikke rettet mot en generell vurdering av absolutte forbudsregler.

At staten unnlater å lovfeste et absolutt forbud mot biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, men begrenser forbudet til offentlige innkjøp underlagt anskaffelsesreglene, er imidlertid et viktig moment i proporsjonalitetsvurderingen. Riktignok er det klart ikke tilstrekkelig til å oppfylle nødvendighetskravet at staten har unnlatt å velge det mest inngripende alternativet. Men det faktum at det norske markedet som sådan ikke er stengt for utenlandske aktører som har organisert biodrivstoffvirksomheten helt eller delvis basert på palmeolje, gjør det vesentlig enklere å få tiltaket godkjent som lovlig begrunnet etter EØS art. 13.¹⁶⁷

Hensynet til at virksomhetene ikke ble totalt avskåret fra markedet (kontinuitet) var sentralt i den svenske Toolex-saken. Konkret gjaldt saken et svensk forbud mot det kjemiske stoffet trichlorethylen som blant annet ble brukt som flekkfjerningsmiddel til verktøy.¹⁶⁸ Domstolen viste til at det forelå en viss vitenskapelig usikkerhet knyttet til hvor farlig stoffet var, men at hensynet til menneskers sunnhet tilsa at et forbud var proporsjonalt. Domstolen la vekt på at den svenske lovgiveren hadde åpnet for dispensasjon fra forbudet i særlige tilfeller, slik at eksisterende leverandører ikke var fullt avskåret fra det svenske markedet.¹⁶⁹ Generaladvokaten påpekte videre at forbudet hadde en positiv incentivvirkning

162 EU-domstolens sak C-110/05 av 4. mars 2005, ECLI:EU:C:2009:66. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72844&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1725957>

163 Premiss 66.

164 Premiss 67.

165 Ibid, premiss 39. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72638&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1701058>

166 Se i denne retning Charles Poncelet, Free Movement of Goods and Environmental Protection in EU law, vol. 15, nr. 2, punkt 5.2.2.

167 Dette er påpekt på følgende treffende vis av generaladvokat Jacobs i EU-domstolens sak C-24/90, Faust, Sml. 1991 s. 1-4905 (avsnitt 46): *“[T]he principle of proportionality is not satisfied simply because the administration refrains from using the most drastic weapon in its arsenal... The use of a cannonball to kill a fly cannot be defended on the ground that a nuclear missile might have been used instead.”*

168 EU-domstolens sak C-473/09, Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB, ECLI:EU:C:2000:379. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45071&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=144856>

169 Se premiss 45-46 i dommen.

til å utvikle alternative løsninger som var mindre skadelige for miljøet.¹⁷⁰

Fornybarddirektivet understøtter formålet om bærekraftig biodiesel, og gir et handlingsrom til å gjennomføre tiltak rettet mot økt biodrivstoffproduksjon og økt bærekraft i produksjonen. Direktivet slår nettopp fast at *"[b]iofuels production should be sustainable"*.¹⁷¹ Samtidig understrekes det at økt biodrivstoffproduksjon *"should not have the effect of encouraging the destruction of biodiverse lands"*.¹⁷² Direktivet påpeker videre at omdanning av land-områder med høyt karboninnhold i jordsmonn eller vegetasjon, vil føre til klimagassutslipp, og viser til nødvendigheten av å se på *"the totality of the carbon effects of the use of biofuels"*.¹⁷³

Et palmeoljeforbud vil gå lengre enn direktivets virkemidler knyttet til kriterier for biodrivstoffs bærekraftighet for at det skal få telle med i måloppnåelsen av klimamålene (artikkel 17 i fornybarddirektivet) og verifiseringskravene for aktørene (artikkel 18 i fornybarddirektivet), men som vist ovenfor har staten et handlingsrom i virkemiddelbruk. Dette understøttes i direktivet ved at det påpekes at bærekraftskriteriene er et av flere virkemidler, og ved at direktivet *"encourage the development of multilateral and bilateral agreements and voluntary international or national schemes that set standards for the production of sustainable biofuels"*.¹⁷⁴ At direktivet kun viser til frivillige ordninger, begrenser den direkte overføringsverdien av utsagnet, men røkter likevel ikke ved fundamentet om at direktivet oppfordrer til flere og ytterligere tiltak for å øke biodrivstoffproduksjonen og samtidig sikre bærekraft. Vi kommer tilbake til dette under kapittel 2.6 nedenfor.

b) Oversikt over mulige alternativer til et palmeoljeforbud

Alternativene til et palmeoljeforbud er i prinsippet mange, og det må vurderes hvorvidt disse er så godt egnede og har fravær av andre vesentlige ulemper, slik at et forbud ikke er nødvendig. En oversikt over enkelte alternativer er inntatt i tabell 1 på neste side.

c) Frivillige regler

Frivillige innkjøpsregler vil kunne bidra til å redusere avskoging og klimagassutslipp, men virkningen avhenger til syvende og sist av hvordan de private og offentlige aktørene innretter seg, hvis de inn-

retter seg i det hele tatt. Det er ingen garantert minsteeffekt, og en etterfølgende kontroll av tiltakets faktiske virkning krever forvaltningsmessige ressurser. Vi kan derfor ikke se at et frivillig tiltak oppnår samme effekt, eller at staten har en plikt til å velge frivillighet fremfor forbud etter EØS art. 13. Vi skal i del 2B knytte noen nærmere kommentarer til muligheten og hensiktsmessigheten av å innføre en retningslinje eller policy om biodrivstoff som ikke er basert på palmeolje som alternativ til et palmeoljeforbud.

d) Monitoreringstiltak

Bedre overvåkning, rapportering, sertifisering og sporing av råmaterialene som brukes i biodrivstoffproduksjonen, for eksempel avskogingsdrivende råvarer, gir mer kunnskap og innsikt i sammenhengene mellom økt biodrivstoffproduksjon og palmeoljeproduksjon og utgjør en annen kategori av alternative tiltak. På samme måte som et frivillig tiltak, vil denne kategorien av alternative tiltak ikke ha noen garantert minsteeffekt, eller oppnå den virkning som staten søker å oppnå ved et forbud. Like viktig er at tiltak av denne karakter forutsetter betydelig administrasjon og vil medføre en kostnads- og håndhevingsulempe. Som vist ovenfor, anerkjenner EU-domstolen at slike ulemper vil kunne gjøre det strengere tiltaket nødvendig og forholdsmessig. Vi kan derfor ikke se at denne kategorien av rapporterings-, overvåknings- eller sporingstiltak gjør et forbud disproportjonalt etter EØS art. 13.

e) Støtte- og incentivordninger

En tredje kategori tiltak er ulike former for støtte- eller incentivordninger eller andre positive incitamenter til å redusere bruken av førstegenerasjonsdrivstoff, palmeoljebasert biodrivstoff eller på annen måte sikre bærekraftig biodrivstoffutvikling. Slike tiltak kan også forankres i Kyoto-protokollens artikkel 12 vedrørende grønne utviklingsmekanismer (Clean Development Mechanism). Ordningen gjør det mulig å godskrive utslippsreduksjoner ved å investere i prosjekter som reduserer utslipp i utviklingsland som ikke har forpliktelser under Kyoto-protokollen. Ordningen og salget av klimakvoter under ordning (CDM-kvoter) har til hensikt å bidra til at prosjekter som ellers ikke ville blitt gjennomført, blir realisert.¹⁷⁵ Vi har ikke mulighet til å drøfte alle typer aktuelle tiltak her, og det er etter

170 Se generaladvokatens uttalelse, ECLI:EU:C:2000:147, premiss 65: "Reglerne går derfor ikke ud over, hvad de hensyn, der skal beskyttes, kræver. Desuden er de effektive, idet der efter indførelsen af forbuddet mod at anvende trichlorethylene er sket et fald i antallet af brugere og fundet alternative løsninger, som er mindre skadelige for sundheden og miljøet".

171 Se fortalen premiss 65.

172 Premiss 69.

173 Premiss 70.

174 Se fortalen premiss 66: "The Community should take appropriate steps in the context of this Directive, including the promotion of sustainability criteria for biofuels and the development of second and third-generation biofuels in the Community and worldwide, and to strengthen agricultural research and knowledge in those areas" (vår understreking).

175 For detaljer vises det nærmere til FNs hjemmeside vedrørende CDM, tilgjengelig her: http://unfccc.int/kyoto_protocol/mechanisms/clean_development_mechanism/items/2718.php

Tabell 1**Oversikt over alternative tiltak for å sikre bærekraftig biodrivstoff**

Alternativ	Kategori	Restriksjonsnivå
Frivillige innkjøpsregler	Frivillig tiltak	Lavt
Retningslinje eller policy	Frivillig tiltak	Lavt
Overvåkning og rapportering	Monitoreringstiltak	Lavt
Sertifisering	Monitoreringstiltak	Lavt
Sporing av avskogingsdrivende råvarer og lignende	Monitoreringstiltak	Lavt
Ikke-økonomiske incentiver til biodrivstoffprodusenter som ikke baserer seg på palmeolje	Støtte- eller incentivordning	Lavt
Andre økonomiske incentiver til biodrivstoffprodusenter	Støtte- eller incentivordning	Lavt
Direktestøtte til biodrivstoffprodusenter som ikke baserer seg på palmeolje	Støtte- eller incentivordning	Lavt
Krav om avskogingspolicy	Avskogingstiltak/ arealtiltak	Moderat
Krav til overholdelse av arealkriterier eller av et strengere forbud mot rydding av nytt land	Avskogingstiltak/ arealtiltak	Moderat
Høyere krav til reduserte livsløpsutslipp enn minstekravet som følger av bærekraftskriteriene for biodrivstoff	Skjerpede krav etter fornybardirektivet	Høyt
Krav til livsløpsutslipp som inkluderer indirekte arealbruksendringer for biodrivstoffet	Skjerpede krav etter fornybardirektivet	Høyt
Forbud mot innkjøp av palmeolje som ikke oppfyller nærmere fastsatte arealkrav	Forbud	Høy
Forbud mot ikke-bærekraftig biodrivstoff (eller krav om avansert biodrivstoff) i offentlige innkjøp under anskaffelsesregelverket	Forbud	Høy
Et palmeoljeforbud i offentlige innkjøp under anskaffelsesregelverket	Forbud	Høy
Forbud mot import av biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje	Forbud	Absolutt restriksjon

vår vurdering heller ikke nødvendig for å konkludere på spørsmålet om staten er tvunget til å gjøre det mindre ved å anvende positive ordninger i stedet for forbud. Støtte- og incentivordninger innebærer betydelige økonomisk og administrative konsekvenser. Nøyaktig hvor mye og kostnadskrevenne tiltaket vil være, avhenger naturligvis av utformingen av rammene for den aktuelle ordningen, herunder adressatene for ordningen, strengheten i vilkårene for å komme under ordningen og tilsyn av om støtten og incentivene brukes. Etter EØS-avtalens statsstøtteregler og diskrimineringsregler, vil det være et betydelig handlingsrom for å innføre ulike støtte- og incentivordninger. Gitt de økonomiske, administra-

tive og forvaltningsmessige ulempene forbundet med slike incentiv- eller støttetiltak, kan vi ikke se at disse alternativene hindrer staten fra å innføre et palmeoljeforbud.

f) Tiltak som bygger på eksisterende miljøtiltak i EU/EØS-lovgivningen (fornybardirektivet, ILUC-direktivet eller drivstoffkvalitetsdirektivet)

En fjerde kategori alternative tiltak er å anvende de virkemidler som allerede ligger i fornybardirektivet, for eksempel ved å skjerpe bærekraftskriteriene, som introdusert i fornybardirektivet og gjennomført i norsk rett ved kapittel 3 i produktforskriften.

Dette kan gjøres ved å endre livsløpsutslipp til å inkludere indirekte arealbruksendringer for biodrivstoffer som benyttes. Direkte arealbruksendringer fokuserer på utslipp knyttet til rydding av mark for å dyrke råstoffer, for eksempel palmeolje, til biodrivstoffproduksjon. Indirekte arealbruksendringer går et steg lengre og teller også med indirekte utslipp, som for eksempel at et nytt jorde må opprettes for å ta over matproduksjonen som tidligere fant sted der hvor biodrivstoffråstoffutvinning nå skjer. Ryddes et regnskogområde eller rapsproduksjonsområde til palmeoljeproduksjon, er det en direkte arealbruksendring. Ryddes derimot et nytt regnskogområde til å overta rapsproduksjonen, vil dette være en indirekte arealbruksendring. I praksis telles da utslipp som følge av matproduksjon som et indirekte utslipp av biodrivstoffproduksjonen. En mulig løsning på dette er å innføre bærekraftkrav til all bruk av biomasse, det vil si både mat, drivstoff, kjemikalier og annet. EU har i denne sammenheng vedtatt ILUC-direktivet (direktiv 2015/1513).¹⁷⁶ Direktivet begrenser mengden konvensjonelt biodrivstoff som kan telle med i oppnåelsen av EU-målene om fornybar energi i transport i 2020 til maksimalt 7 % av energimengden brukt i transportsektoren. Et alternativt tiltak vil i denne sammenheng kunne være å øke dette omsetningskravet fra 7 %.¹⁷⁷

Et annet alternativ i samme kategori er å øke minstekravet til reduserte klimagassutslipp gjennom livsløpet sammenliknet med livsløpsutslippene fra fossilt brennstoff. I dag er dette kravet etter fornybardirektivet en utslippsreduksjon på 35 %. Kravet vil øke til 50 % fra 1. januar 2018. Det kan også gjøres ved å skjerpe arealkriteriene i fornybardirektivet. Skjerpede bærekraftkriterier vil etter vår vurdering utgjøre en restriksjon etter EØS art. 11, slik at spørsmålet igjen er hvorvidt tiltaket kan anses lovlig begrunnet i miljøhensyn etter EØS art. 13.

På den ene siden vil tiltak som skjerper eller utvider bærekraftkriteriene klart kunne ha en virkning, og staten vil kunne støtte seg på de grunner og det utredningsarbeid som ligger til grunn for fornybardirektivet. Tiltak i denne retning vil også ha en klarere forankring og støtte i eksisterende initiativ som Roundtable on sustainable palm oil (RSPO).¹⁷⁸ Det forenkler gjennomføringen, administras-

jonen og håndhevingen av tiltaket at det skjerper et allerede gjeldende og innført krav i norsk rett.¹⁷⁹ På den annen side vil denne kategorien med tiltak etter vår vurdering raskt komme i konflikt med EUs egne regler. Kommisjonen har i forslag til revidert fornybardirektiv den 30. november 2016 allerede foreslått å skjerpe bærekraftkriteriene i direktivets någjeldende artikkel 17.¹⁸⁰ Et sett med skjerpede krav nasjonalt innebærer at Norge avviker fra den europeiske standarden, og stiller krav til særskilt håndheving og oppfølging fra norsk side. Innvendinger mot denne typen tiltak forsterkes av at interessenter i Kommisjonens offentlige høring i 2015-2016 om fornybardirektivet, påpekte at skjerpede bærekraftkriterier vil kunne gi regelkonflikter/overlapper og overdrevne administrative byrder.¹⁸¹ Et tiltak utformet med sikte på å skjerpe bærekraftkriteriene i fornybardirektivet vil heller ikke oppnå det samme som et palmeoljeforbud.¹⁸² Vi kan derfor ikke se at nødvendighetstesten eller proporsjonalitetstesten i snever forstand krever at staten i stedet tyr til et skjerpende 'bærekraftkriterium' eller et 'skjerpet fornybardirektiv' i Norge.

g) Avskogingstiltak

En femte kategori alternative tiltak knytter seg til tiltak som fokuserer på å hindre eller redusere avskoging. Dette kan være begrensninger eller andre føringer på adgangen til å rydde nytt land for å utvinne palmeolje eller andre råstoffer til produksjon av biodrivstoff. EU-kommisjonen foreslår i nytt forslag til fornybardirektiv en klarere føring hva gjelder konvertering av landområder til bruk for palmeolje og andre råstoffer til biodrivstoffproduksjon, se fortalen premiss 72:

"Land should not be converted for the production of agricultural raw material for biofuels, bioliquids and biomass fuels if its carbon stock loss upon conversion could not, within a reasonable period, taking into account the urgency of tackling climate change, be compensated by the greenhouse gas emission saving resulting from the production and use of biofuels, or bioliquids and biomass fuels."

Avskogingstiltak kan også være utformet som et krav – generelt eller i den enkelte anbudskonkurranse – til null avskogingspolicy, det vil si at det skal være en plan for nyplanting i den grad nytt område

176 Direktivet trådte i kraft 5. oktober 2015, og EU-landene hadde frist til 10. september 2017 på å implementere direktivet. Direktivet er for tiden til vurdering av EØS/EFTA-landene. Intern: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2012/des/iluc-direktivet/id2434708/> <http://www.efta.int/eea-lex/32015L1513>

177 En slik opptrapping er allerede konsekvensutredet, se Miljødirektoratets utredning fra mars 2017, tilgjengelig her: http://www.miljodirektoratet.no/Global/dokumenter/tema/klima/biodrivstoff/iluc_konsekvensvurdering_mars_2017.pdf

178 Se <https://www.rspo.org/>

179 Se også Miljødirektoratets veileder M-10, 2013: Rapportering på bærekraftkriterier for biodrivstoff og flytende biobrensel. Veiledningen er tilgjengelig her: <http://www.miljodirektoratet.no/Documents/publikasjoner/M10/M10.pdf>

180 Se Kommisjonens forslag til ny artikkel nr. 7, hvor klimagassutslippsreduksjon ved biodrivstoff skal gå fra 50 % (2017) og 60 % (2018) til 60 % etter 5. oktober 2015 og 70 % fra 2021. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0767R%2801%29>

181 Se blant annet fortalen i forslag til revidert fornybardirektiv (COM/2016/0767 final/2 - 2016/0382 (COD)), punkt 3.2.2.

182 Sml. EU-domstolens sak C-389/96, Aher-Waggon mot Tyskland, ECLI:EU:C:1998:357, premiss 21: "begrænsningen af flys stoejemissioner er det mest effektive og hensigtsmæssige middel til at bekæmpe stoejforurening fra fly. Normalt er det nemlig vanskeligt at begrænse stoejen nævnevaerdigt ved installationer i naerheden af lufthavne, medmindre der foretages meget dyre investeringer".

ryddes mv. Avskogingstiltak kan også være i form av innførselsbegrensninger på palmeolje som er basert på rydding av ny jord mv. På den ene side er dette tiltak som allerede er dels utprøvd i praksis, og som bygger videre på eksisterende lovverk, herunder arealkriteriene i fornybardirektivet. Tiltakene er også i tråd med EUs tilnærming til utfordringen hva gjelder å sikre bærekraftig biodrivstoff. På den annen side er en fellesnevner for slike avskogingstiltak at de gjennomgående krever mer administrasjon enn et forbud, samtidig som virkemidlene er "mykere" og derved også i utgangspunktet mindre virkningsfulle enn klare forbud. Etter vår vurdering vil derfor heller ikke denne kategorien alternative tiltak stenge for et palmeoljeforbud.

h) Oppsummering og vurdering av et forbud

Etter vår vurdering foreligger det ingen alternative tiltak som klart er like egnede eller effektive som et palmeoljeforbud, uten at det også medfører merkbare ulemper i form av mer administrasjon og kostnader. Vi understreker at en senere full prøving av dette nødvendighetsvilkåret vil være grundig, og at en viss usikkerhet knyttet til vurderingene av dette vilkåret er uunngåelig. Enkelt sagt, vil det være mulig på bakgrunn av praksis å argumentere godt for en motsatt konklusjon. Vår konklusjon er likevel at denne usikkerheten er håndterbar, såfremt staten skaffer tilstrekkelig dokumentasjon knyttet til miljørisikoen ved palmeolje (se kapittel 2.6 nedenfor om dokumentasjonskravet). EU-domstolens nyere praksis, forankringen av miljø i EUs primærrett og institusjonenes sterkt økende fokus på miljø, bærekraft og klimagassutslipp tilsier at et effektivt forbud under nærmere betingelser vil stå seg under EØS art. 11 og 13. EUs konsultasjon knyttet til fornybardirektivet i 2015-2016 viste at det var et splittet syn blant interessentene i offentlig og privat sektor hva gjaldt fordelene og risikofaktorene ved bruk av biodrivstoff, og at en ny 'policy' var etterspurt. Et palmeoljeforbud i en periode frem til palmeoljeproduksjon gjøres mer bærekraftig eller nettovirkningene av økt palmeoljeproduksjon og biobrenselproduksjon er klarere, harmonerer med et føre var- og "bærekraft"-prinsipp i miljøretten, som

anerkjent både av EU-kommisjonen, EU-domstolen og EFTA-domstolen.¹⁸³ Som nevnt vil domstolen i en proporsjonalitetsvurdering også kunne se hen til en sammenligning av tiltakets formål og virkning på den ene siden mot tiltakets handelsbegrensende virkning på den annen side, slik uttalt av EU-domstolen i saken *Stoke-on-Trent* om forbud mot søndags-åpne butikker.¹⁸⁴

"Appraising the proportionality of national rules which pursue a legitimate aim under Community law involves weighing the national interest in attaining that aim against the Community interest in ensuring the free movement of goods. ..."

I en slik interesseavveining er det vår vurdering at hensynet til miljø vil veie tungt og gi et betydelig handlingsrom. Et palmeoljeforbud vil også kunne få en viss drahjelp i paradokset som ligger i EUs ambisiøse klimamål og rekkevidden av de tiltak som foreløpig er innført for å nå disse målene.¹⁸⁵

Vi understreker samtidig at det ved utformingen av selve forbudet finnes ulike varianter og grader av innkjøpsbegrensninger. Det mest inngripende tiltaket – et absolutt importforbud – er ikke foreslått. En mulighet ved utformingen av forbudet, er å knytte dette til bærekraftskriteriene eller definisjonen av avansert biodrivstoff og kun begrense innkjøp av biodrivstoff som ikke er bærekraftig eller som ikke er avansert. Avansert biodrivstoff vil, slik vi forstår det, likevel som utgangspunkt ramme palmeolje på samme måte som et palmeoljeforbud. Et innkjøpsforbud begrenset til bærekraftig biodrivstoff vil ikke gå like langt, og ikke være en like effektiv beskyttelse av miljøet som et palmeoljeforbud (forutsatt at det kan dokumenteres i rimelig utstrekning at palmeolje er skadelig for miljøet, jf. premiss (205) ovenfor og kapittel 2.3.7 nedenfor). En mer begrenset forbudsregel naturligvis vil kunne redusere usikkerheten knyttet til om forbudet vil vurderes som proporsjonalt av ESA- eller EFTA-domstolen, selv om altså en slik avgrensning av forbudets rekkevidde ikke skulle være nødvendig for at forbudet skal stå seg under EØS art. 13.

183 Jf. EU-domstolens sak C-169/91 *Stoke-on-Trent / B & Q*, ECLI:EU:C:1992:519, premiss 15. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:61991CJ0169&from=SV>

184 EU-domstolens sak C-169/91, *Stoke-on-Trent*, Sml. 1992 s. 1-6635 (avsnitt 15). Det konkrete spørsmålet i saken, om forenligheten med EF-traktaten av forbud mot å holde søndagsåpent i butikker, vil etter senere rettspraksis (*Keck og Punto Casa*) være å løse på en annen måte, men fremdeles med det resultat at et slikt forbud lar seg forene med EF-traktaten (og EØS-avtalen), jf. Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 300-301. Og denne utviklingen i rettspraksis rører ikke ved gyldigheten av uttrykket for den nevnte interesseavveiningen. Uttrykk for en tilsvarende interesseavveining kan også finnes i EFTA-domstolens praksis, se for eksempel sak E-9/04, *The Bankers' and Securities Dealers' Association of Iceland*, EFTA Ct. Rep. 2006 s. 42 (avsnitt 80) om kravet i EØS art. 59(2) annet punktum, som kan ses som et særskilt traktatfestet uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet (se Jose Luis Buendia Sierra, "An Analysis of Article 86(2) EC" i *Ille EC Stalc Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London 2006 s. 541-574 (s. 567) om den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten).

185 De Sadeler, *EU Environmental law and the internal market*, uttaler i denne sammenheng følgende: "the manner in which some environmental provisions were drafted or are implemented is testament to the ambiguous nature of sustainable development. For instance, Directive 2009/28/EC of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources provides striking evidence of this ambiguity. On the one hand, the directive establishes mandatory national targets consistent with a 20 per cent share of energy from renewable sources and a 10 per cent share of energy from renewable sources in transport in EU energy consumption by 2020. On the other hand, it sets out sustainability criteria ensuring that biofuels and bioliquids can qualify for the incentives only when they can be guaranteed not to come from land with high biodiversity value or with high carbon stock. The question is whether these criteria will be sufficient to ward off the negative social and environmental impacts of biofuels production".

2.3.7 Vurdering av forbudet mot skjult diskriminering og konsistenskravet

Tiltaket må etter EØS art. 13 ikke innebære noen skjult diskriminering. Skjult diskriminering vil i praksis særlig kunne oppstå i den grad det er knyttet et forvaltningsskjønn til forbudet. Vi anbefaler derfor at forbudet utformes så klart som mulig, og uten rettslige standarder eller kriterier som krever en skjønnsutøvelse av håndhevende myndighet. Samtidig må tiltaket være konsistent. Konsistenskravet innebærer at tiltaket som utgangspunkt må inngå i en helhetlig og konsistent politikk til ivaretagelse av de påberopte miljøhensyn. I praksis innebærer det at palmeoljeforbudet ikke må motvirkes av andre, eller manglende tiltak. Konsistenskravet er først og fremst relevant hvor det er grunnlag for å stille spørsmål ved begrunnelsen for tiltak, og hvor tiltaket mer framstår som en kamuflert form for proteksjonisme.¹⁸⁶ Vi velger å behandle disse vilkårene samlet i dette kapittelet.

For å sikre at innretningen av forbudet ikke går lengre enn det som er nødvendig og er konsistent, er det en fordel at forbudet ikke er absolutt ved at det kun retter seg mot innkjøp underlagt reglene om offentlige anskaffelser. Ved å knytte forbudets avgrensning til en kjent størrelse som anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde, vil lovgiver ha legaldefinisjonene og vilkårene i lov om offentlige anskaffelser og anskaffelsesforskriftene til rådighet, samt en betydelig praksis å støtte seg på i avgrensningen av forbudets yttergrense. En systematisk og klar avgrensning av forbudets anvendelsesområde er ønskelig, og etter vår vurdering relevant for å sikre overensstemmelse med EØS retten.

Forbudet er ikke til hinder for bruk av biodrivstoff som allerede er levert, men ikke forbrukt. Dette kan vi imidlertid ikke se utgjør noen inkonsekvens av betydning. Et forbud vil ramme alle innkjøp og all import. Et vanskeligere spørsmål er om avgrensningen av forbudet til kun å gjelde palmeolje, og derved ikke annen biomasse som går til produksjon av biodrivstoff, er inkonsistent. Forbudet vil ha en avgrensning mot soya, kjøtt, treproduksjon mv.

EU-parlamentet har gått inn for et forbud mot ikke-fornybar palmeolje. I resolusjonen fra april 2017¹⁸⁷ la de til grunn i sin palmeoljeresolusjon at oljebaserte produkter fra soya, raps og lignende har større miljøavtrykk enn palmeolje, og at lignende tiltak derfor også bør innsettes mot slike produkter.¹⁸⁸ Parlamentet mener at et forbud mot palmeolje ikke vil løse de nevnte miljøproblemene, men kun åpne for at produksjonen erstattes av andre tropiske vegetabiliske oljer med like negativ miljøeffekt.¹⁸⁹

Dersom staten klarer å vise at utfordringene knyttet til høye klimagassutslipp ved bruk av råvarer til biodrivstoffproduksjon, i større grad er knyttet til palmeolje enn andre råstoffer, vil denne "inkonsistensen" etter vår vurdering ikke hindre et forbud.

Så lenge det kan dokumenteres med en viss tyngde at et palmeoljeforbud vil ramme miljøskadelig biodrivstoffproduksjon, er konsistensspørsmålet videre avgrenset til et spørsmål om forbudet må dekke flere miljøskadelige produkter for å være relevant. Et slikt krav til at regelen alltid skal dekke alle skadelige tilfeller, vil kunne gjøre beskyttelsen av miljø, helse og sikkerhet mv. vanskelig, og savner en klar forankring i EU-domstolens praksis.¹⁹⁰ Noe annet er at EU-domstolen klart har slått fast at et tiltak vil være uforholdsmessig, dersom det rammer for vidt og dekker også tiltak som ikke er skadelige.¹⁹¹

At det finnes annen biodrivstoffproduksjon som er like miljøskadelig som palmeoljeproduksjon, vil dermed ikke i seg selv hindre staten fra å innføre et effektivt og virksomt miljøtiltak. Effektivitetsprinsippet og føre var-prinsippet tilsier at konsistenskravet ikke tolkes for strengt.¹⁹² Som gjennomgangen av EU-domstolens praksis ovenfor, vil det at tiltaket kan utvides til å gjelde andre tilgrensende områder ikke i seg selv stenge for at tiltaket vurderes som egnet, nødvendig og forholdsmessig. Dette illustreres blant annet ved at medlemsstater tillattes å ha ulike beskyttelsesnivå, samtidig som EU-domstolen ikke avviser at sektoriltak kan være egnete, nødvendige og forholds-

186 Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak 178/84, Reinheitsgebot, ECLI:EU:C:1987:126. Saken gjaldt et tysk forbud mot tilsetningsstoffer i øl. EU-domstolen viste til at tilsetningsstoffer var tillatt i andre matvarer og at kravet fremsto som en kamuflert proteksjonisme.

187 European Parliament resolution of 4 April 2017 on palm oil and deforestation of rainforests: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0098+0+DOC+XML+V0//EN>

188 Se blant annet avsnitt 6 og 9.

189 Avsnitt 83.

190 I EU-domstolens sak C-387/99, Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2004:235, påpekte EU-domstolen at en godkjenningsordning for markedsføring og salg av visse matvarer var individuell og ikke generell og systematisk, og ulikt anvendt for mattilskudd klassifisert som matvarer og mattilskudd klassifisert som legemidler. Dette hindret ikke tiltaket fra å være nødvendig og proporsjonalt så lenge "the obligation to obtain a marketing authorisation for medicinal products are both actually necessary, in each particular case, to ensure the safeguarding of public health".

191 Se EU-domstolens sak C-192/01, Kommisjonen mot Danmark, ECLI:EU:C:2003:492, premiss 55.

192 Se EU-domstolens sak C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419, premiss 68: Further, having regard to the uncertainty in relation to both the damage caused by the use of MMT and the risks created for users of MMT, the setting of limits for the MMT content of fuel does not appear manifestly disproportionate in relation to the economic interests of producers of MMT, in order to ensure a high level of protection of health and the environment, samt EFTA-domstolens sak E-3/00, ESA mot Norge, EFTA Court Report 2000/01, s. 73.

messige.¹⁹³ Forutsetningen er at avgrensningen av forbudet til palmeolje ikke fremstår som vilkårlig og som forkledd proteksjonisme.¹⁹⁴

For å ivareta konsistenshensynet, anbefaler vi at det vurderes nærmere hvorvidt det er behov for lignende tiltak overfor biodrivstoffproduksjon basert på andre produkter som fører til avskoging (soya, raps mv.). Dersom erfaringene med et palmeoljeforbud er gode, og/eller praksis skulle vise at det oppstår skjeveffekter ved at annen like miljøskadelig produksjon av biodrivstoff øker, bør tiltaket utvides. Forbudet vil som nevnt bli sett i sammenheng med Norges miljøpolitikk for øvrig.¹⁹⁵

Vår konklusjon er at et palmeoljeforbud vil kunne være lovlig etter EØS-avtalen art. 13, så lenge staten kan dokumentere med tilstrekkelig tyngde at produksjon av biodrivstoff basert på palmeolje fører til større klimagassutslipp enn andre typer biodrivstoff. Dersom staten kun kan dokumentere det mindre, nemlig at produksjon av biodrivstoff basert på palmeolje fører til avskoging og/eller på annen måte høye klimagassutslipp, uten at dette nødvendigvis skjer i større grad enn for andre typer biodrivstoff, er det noe mer usikkert om forbudet vil være i samsvar med EØS-avtalens art. 13. Vi vil kommentere dokumentasjonskravet nedenfor under kapittel 2.6.

2.4 Er EØS-avtalens regler om statsstøtte til hinder for et palmeoljeforbud?

2.4.1 Kommer statsstøttereglene til anvendelse for et tiltak som er lovlig begrunnet etter EØS art. 13?

Den eventuelle statsstøtten i dette tilfellet vil bestå i forbudets utestengende virkning i offentlige anbuds-konkurranser i Norge overfor biodrivstoffprodusenter som baserer produksjon på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, og dermed den økonomiske fordel til de produsentene som ikke gjør det.¹⁹⁶ Etter vår vurdering kan ikke palmeoljeforbudet og vurderingen av om dette er egnet,

nødvendig og proporsjonalt til å ivareta de aktuelle miljøhensyn skilles fra det eventuelle statsstøttetil-taket. Dersom forbudet og forskjellsbehandlingen basert på biodrivstoffets fremstilling er lovlig etter EØS art. 11 og 13, må det av konsistenshensyn etter vår vurdering også være lovlig etter EØS art. 61. Vi vil i dette avsnittet forutsette at statsstøtte kommer til anvendelse og foreta en subsidiær drøftelse av om forbudet utgjør støtte (kapittel 2.4.2) og eventuelt lovlig støtte (kapittel 2.4.3).

EU-domstolen har konsekvent uttalt at anvendelsen av en EU-traktatsbestemmelse ikke utelukker anvendelsen av en annen traktatsbestemmelse ved vurderingen av samme tiltak, med mindre en parallell anvendelse leder til inkonsistens.¹⁹⁷ Det er kun i sistnevnte tilfeller at EU-domstolen vil vurdere lovligheten av støtten i sammenheng med lovligheten etter øvrige bestemmelser, det vil si kreve koherens.¹⁹⁸ I sak C-18/84 uttaler domstolen derfor følgende om forholdet mellom støtteretten og anskaffelsesretten:¹⁹⁹

"it should be pointed out that Article 92 and 94 cannot [state aid articles], as is clear from a long line of cases decided by the Court, be used to frustrate the rules of the Treaty on the free movement of goods or the rules of the Treaty on the free movement of goods or the rules on the repeal of discriminatory tax provisions. According to those cases, the provisions relating to the free movement of goods the repeal of discriminatory tax provisions and aid have a common objective, namely to ensure the free movement of goods between Member States under normal conditions of competition."

EU-domstolen har således lagt til grunn at statsstøttereglene ikke kan anvendes i isolasjon i tilfeller hvor dette kommer i direkte konflikt med traktatens øvrige regler. I de tilfeller hvor vurderingen under fri bevegelse-reglene er uløselig knyttet til støtteelementet, kreves at regelsettene anvendes på en koherent måte. Dette følger blant annet av

193 Se EU-domstolens sak C-108/96 MacQuen og andre, ECLI:EU:C:2001:67, premiss 33 og 34, sak 219/07 Andibel, ECLI:EU:C:2008:353, premiss 31 og sak C-100/08 Kommisjonen mot Belgia, ECLI:EU:C:2009:537, premiss 95.

194 Se blant annet EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/00, ESA mot Norge, premiss 33.

195 Se generaladvokatens uttalelse i sak C-333/14, den skotske whisky foreningen mot generaladvokaten, premiss 135: *"I consider that he shows that the measure meets the objective of combating alcohol abuse in a consistent and systematic manner by maintaining, in particular, that the measure forms part of a more general strategy of combating the harm caused by alcohol, including other measures such as the prohibition of specific promotional offers"*.

196 Se motsetningsvis EU-domstolens sak 73/79, Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:1980:129, premiss 26, hvor støtten var lovlig etter en EU-forordning, men finansiert via avgifter på utenlandsk og innenlandsk produsert sukker i strid med TFEU art. 110. Tilsvarende vil anskaffelsesreglene ikke regulere hva som kjøpes, mens statsstøttereglene i praksis langt på vei forbyr innkjøp av noe staten ikke behøver.

197 Se EU-domstolens sak 74/76 Iannelli, ECLI:EU:C:1977:51, premiss 14 som understreker Kommisjonens eksklusive kompetanse til å vurdere om et statsstøtteiltak er lovlig ved å slå fast at nasjonale domstolen kan bare undersøke tiltak som er atskillelige fra lovlighetsvurderingen av statsstøtteiltaket. Uatskillelige virkninger faller innenfor Kommisjonens (eksklusive) kompetanse. Se også EU-domstolens sak C-234/99, Nygård, ECLI:EU:C:2002:244, premiss 57. For en nærmere drøftelse og tilsvarende tilnærming til forholdet mellom støtteretten og anskaffelsesretten, se P Nicolaidis og I Rusu, 'Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It Not Eliminate Advantage?' (201 2) 7(1) EPPPL 5, 15.

198 For et lignende argument på konkurranserettens område; Se GS Ølykke, How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context? (2011) 20(6) PPLR, 179.

199 EU-domstolens sak 18/84 Kommisjonen mot Frankrike, premiss 10 og 13.

EU-domstolens uttalelse i sak T-57/11 med videre henvisninger.²⁰⁰

Vår vurdering er derfor at statsstøttereglene ikke kommer til anvendelse for et tiltak som er lovlig begrunnet etter EØS art. 13. Vi skal i neste avsnitt likevel vurdere hvorvidt et palmeoljeforbud vil utgjøre statsstøtte (kapittel 2.4.2) og eventuelt lovlig statsstøtte (kapittel 2.4.3).

2.4.2 Vil forbudet utgjøre statsstøtte etter EØS art. 61?

2.4.2.1 Vilklårene for statsstøtte

Seks kumulative vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge statsstøtte. Vilklårene er generelt utformet, men statsstøttebegrepet får sitt innhold gjennom tilpasning til bransje, markedsforhold, geografisk område og regulatorisk kontekst. Det må foreligge (i) en økonomisk fordel, (ii) mottaker må være et foretak (økonomisk virksomhet), (iii) støtten må være gitt av statsmidler i enhver form, (iv) støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjeneste (selektivitet), (v) støtten må vri eller true med å vri konkurransen og (vi) støtten må påvirke samhandelen i EØS-området.

Etter vår vurdering vil de fleste av disse vilklårene i utgangspunktet være oppfylt hva gjelder et palmeoljeforbud. For de biodrivstoffprodusentene som ikke har produksjon basert på palmeolje, vil forbudet gi økonomiske fordeler som er gitt av staten som innkjøper (og lovgiver).²⁰¹ Når det gjelder konkurransevriddningsvilkåret har EU-domstolen slått fast at det i tilfeller hvor støtten gir visse foretak eller produksjonen av bestemte produkter en økonomisk fordel, og disse konkurrerer i markedet med aktører som ikke får tilsvarende fordeler, foreligger det i utgangspunktet en mulighet for konkurransevriddning. I motsetning til hva som gjelder under konkurransereglene, må konkurransemyndighetene i et slikt tilfelle ikke foreta noen inngående markedsanalyse.²⁰² EU-kommisjonen og ESA har regulært en lav terskel for å konstatere at dette vilkåret er oppfylt. Hvor biodrivstoffbedriftene konkurrerer på et marked som omfatter aktører som er etablert i EØS-området (utenfor Norge), er vilkåret i utgangspunktet oppfylt. Vilklåret vil derfor etter vår vurdering være oppfylt, dersom enkelte biodrivstoffprodusenter anses å få en selektiv økonomisk fordel etter statsstøttereglene.

Det sentrale gjenstående vilkåret å drøfte er derfor selektivitetsvilkåret. Dersom dette er oppfylt, vil det i utgangspunktet foreligge statsstøtte i strid med EØS-regelverket.

2.4.2.2 Vil et forbud utgjøre et selektivt tiltak og dermed kunne utgjøre statsstøtte?

a) Rettslig test

Generelle støtteordninger som er åpne for alle foretak på like, objektive og etterprøvbare vilkår rammes ikke av forbudet mot offentlig støtte. Et palmeoljeforbud vil ha hjemmel i lov eller forskrift – og derfor i utgangspunktet være utformet generelt. Det at det opprettes en ordning som formelt sett er generell (her: forbud rettet mot alle offentlige anskaffelser knyttet til biodrivstoff) utelukker likevel ikke at ordningen kan være selektiv, dersom den i praksis kun vil komme ett eller én bestemt gruppe identifiserbare foretak til gode.²⁰³ Dette skillet mellom generelle og selektive tiltak ved lovregler eller andre tiltak som er utformet bredt, er ikke uten videre enkelt. EU-kommisjonen uttaler følgende om den rettslige testen:²⁰⁴

“the selectivity of the measures should normally be assessed by means of a three-step analysis. First, the system of reference must be identified. Second, it should be determined whether a given measure constitutes a derogation from that system insofar as it differentiates between economic operators who, in light of the objectives intrinsic to the system, are in a comparable factual and legal situation. Assessing whether a derogation exists is the key element of this part of the test and allows a conclusion to be drawn as to whether the measure is prima facie selective. If the measure in question does not constitute a derogation from the reference system, it is not selective. However, if it does (and therefore is prima facie selective), it needs to be established, in the third step of the test, whether the derogation is justified by the nature or the general scheme of the (reference) system. (197) If a prima facie selective measure is justified by the nature or the general scheme of the system, it will not be considered selective and will thus fall outside the scope of Article 107(1) of the Treaty.”

Det er altså tre vilkår som avgjør om palmeoljeforbudet er selektivt. For det første må det fastslås at det foreligger et generelt system hvor noen mottar et gode eller en fordel. For det andre må det skje et unntak innenfor dette systemet som gjør at aktører

200 Se EU-domstolens sak T-57/11 *Castelnuovo Energia mot Kommisjonen*, ECLI:EU:T:2014:1021, premiss 181 følgende.

201 I Kommisjonens meddelelse om støttebegrepet vises det til at bruken av anbudskonkurranse som skjer på en transparent, ikke-diskriminerende måte og ubetinget måte vil sikre at anskaffelsen er markedsmessig og dermed ikke utgjør noen økonomisk fordel, se også Grith Skovgaard Ølykke, *the Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement*, i *European State Aid Law Quarterly* 4, 2016, s. 516 flg.

202 Se EU-domstolens sak C 730/79, *Phillip Morris Holland BV mot Europakommisjonen*, ECLI:EU:C:1980:209, s.11.

203 Se EU-domstolens sak C-403/10 P *Mediaset SpA v Commission*, ECLI:EU:C:2011:533, premiss 81 og Bjørnar Alterskjær, Erling Hjelmeng, Robert Lund og Thomas Nordby i *Statsstøtte, eøs-avtalens regler om offentlig støtte*, Fagbokforlaget 2008.

204 Se Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikkel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C 262/01).

som er i samme situasjon forskjellsbehandles. For det tredje må slik eventuell forskjellsbehandling være begrunnet i systemets generelle karakter og oppbygning.

b) Det generelle systemet

Det generelle systemet kan her defineres som anskaffelsesreglene som styrer handlingsrommet til den enkelte innkjøper underlagt disse reglene. Et forbud mot innkjøp av biodrivstoff basert på palmeolje vil definere – og begrense – det anskaffelsesrettslige handlingsrommet.

c) Utgjør et palmeoljeforbud et unntak fra det generelle systemet?

Det neste spørsmålet er da om et palmeoljeforbud utgjør et unntak fra den alminnelige ordning – anskaffelsesreglene. Dette beror på en vurdering av om forbudet har en tendens til å begunstige visse virksomheter fremfor andre som befinner seg i samme rettslige og faktiske situasjon i forhold til ordningens formål.²⁰⁵

Som drøftet i mer detalj nedenfor i del 3 ivaretar anskaffelsesreglene også miljøhensyn. I så måte kan det med gode grunner argumenteres for at palmeoljebasert biodrivstoff og annet biodrivstoff ikke er i samme faktiske og rettslige situasjon. Bare det siste vil kvalifisere som avansert biodrivstoff, og det er ikke uten videre klart at palmeoljebasert biodrivstoff vil være bærekraftig i henhold til kriteriene i fornybardirektivet. Dersom det palmeoljebaserte biodrivstoffet oppfyller bærekraftkriteriene, er det etter vår vurdering en usikkerhet knyttet til spørsmålet, og en risiko for at biodrivstoff generelt vil anses å være i samme faktiske og rettslige situasjon. Såfremt staten kan dokumentere med en viss overbevisning at palmeoljebasert biodrivstoff i regelen vil være mer belastende for miljøet (klimagass, avskoging og reduksjon av matjord) enn annet biodrivstoff, vil tiltaket etter vår vurdering ikke være selektivt. I så fall vil ikke statsstøttereglene være til hinder for palmeoljeforbudet. Dersom andre (bio)drivstoffkilder derimot har like store eller større negative miljøeffekter uten at det iverksettes tiltak mot disse, vil det være vanskelige å nå fram med et argument om at tiltaket er nøytralt og ikke selektivt.

d) Er unntaket begrunnet i det generelle systemets karakter og generelle oppbygning?

Selv om begge typer biodrivstoff er i samme rettslige og faktiske situasjon, vil forbudet ikke være selektivt dersom forbudet er begrunnet i den alminnelige ordningens – anskaffesssystemets – karakter eller generelle oppbygning. Dette er tilfelle dersom forbudet er *“direkte afledt af den almindelige ordnings iboende grundlæggende eller ledende principper, eller hvis den følger af indbyggede mekanismer, som er nødvendige for ordningens funktionsmåde og effektivitet”*²⁰⁶ Dersom forbudet er begrunnet i eksterne politiske mål, vil tiltaket ikke være en del av ordningen – her anskaffelsesreglene.

Eksempler på tiltak som har blitt akseptert å være begrunnet i den alminnelige ordningens karakter er (i) sektorbestemt skattedifferensieringssystem i Tyskland hvor energiprodukter brukt til oppvarming og drivstoffformål ble skattlagt, mens energiprodukter til bestemte energiintensive prosesser (som stålproduksjon mv.) var unntatt skattlegging,²⁰⁷ (ii) skattefritak for grønn kraft²⁰⁸ og (iii) skattefritak for kraft som ikke ble brukt til drivstoffformål.²⁰⁹ Andre eksempler gjelder lettere eller mer fordelaktig regulering for små og mellomstore bedrifter.²¹⁰

På den annen side har EU-domstolen (General Court i dette tilfellet) avvist anførsler knyttet til tiltak begrunnet i “ordningens natur” hvor visse foretak aktive innenfor energiintensiv produksjon i Østerrike fikk tillatelse til å redusere den grønne elektrisitetsskatten på grunn av kjøp av grønn elektrisitet tilsvarende 0,5 % av nettoverdien av deres produksjon.²¹¹ Domstolen uttalte at de ikke så *“unity of object and purpose between the general system provided for in the [law in question] as a whole and the special provision [catering for the exemption for certain undertakings with energy-intensive production]”*.²¹² Kommisjonen har videre avvist å akseptere en tilsvarende begrunnelse for et avgiftsfritak for produksjon av visse typer biodrivstoff:

*“[t]he excise duty exemption is destined to alleviate costs incumbent on a specific sector, namely that of the production of certain biofuels. Consequently, the exemption foreseen (...) [is outside] the logic and scheme of the general tax system applicable to fuels in Italy.”*²¹³

205 Se meddelelsen, premiss 135.

206 Meddelelsen, premiss 138.

207 Kommisjonens sak N820/2006 Skattefritak for bestemte energiintensive prosesser (7. februar 2007).

208 Kommisjonens saker NN30b/2000 og N 678/2001 Nulltariff for grønn kraft (28. november 2001).

209 Kommisjonens avgjørelse av 3. april 2002 knyttet til “the dual-use exemption” som UK planla å implementere under ‘the Climate Change Levy’ og utvidet unntak for visse konkurrerende prosesser (OJ L 229, 27.8.2002, s. 15).

210 EU-domstolens sak C-200/97 Ecotrade mot Altiforni e Ferriere di Servola, ECLI:EU:C:1998:378, generaladvokat Fennelly, premiss 26.

211 EU-domstolens sak T-251/11 Østerrike mot Kommisjonen, ECLI:EU:T:2014:1060, premiss 122.

212 *Idem*, premiss 106.

213 Se Kommisjonens avgjørelse av 12. september 2011 i sak N529-2008 Application of Directive 2003/96/EC on restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity (OJ C 303, 14.10.2011, s. 4), fortalen, premiss 24.

Det er opp mot disse rettslige utgangspunkt spørsmålet om et palmeoljeforbud kan anses begrunnet i anskaffelsesrettens alminnelige system må ses.

Etter vår vurdering kan det med gode grunner hevdes at miljøhensyn generelt og hensynet til bærekraftig biodrivstoff konkret, er en del av anskaffelsesordningen. Det følger av anskaffelsesreglenes formål at disse skal ivareta miljøhensyn, og det følger av blant annet fornybardirektivet at bærekraftig biodrivstoff er et krav og mål i EU og medlemsstatene. Som vist over har Kommisjonen akseptert skattefritak for grønn kraft. Riktignok har Kommisjonen motsatt ikke akseptert avgiftsfritak for visse typer biodrivstoff, men dette var ut fra en vurdering hvor det generelle systemet var definert som skattesystemet. Det ligger allerede innenfor anskaffelsesordningen at det offentlige i mindre grad kan kjøpe ikke-bærekraftig biodrivstoff, og den norske regelen vil derved bygge videre – og skjerpe – et allerede eksisterende utgangspunkt.

Det er imidlertid etter vår vurdering igjen en usikkerhet knyttet til om et forbud rettet mot kun visse typer biodrivstoff kan sies å være begrunnet i ordningens karakter. Dette vil etter vår vurdering avhenge av i hvilken grad staten kan dokumentere at palmeoljebasert biodrivstoff er mindre miljøfremmende enn andre typer biodrivstoff. Vurderingen vil i så måte dels overlappe med vurderingen av om palmeoljebasert biodrivstoff og ikke palmeoljebasert biodrivstoff er i samme faktiske situasjon.

Etter vår vurdering bør det være mulig å argumentere for at dette er tilfelle, men det faller utenfor mandatet til denne utredningen å fremskaffe og gjennomgå den tilgjengelige vitenskapelige dokumentasjon. Det er etter dette altså uklart om palmeoljeforbudet vil anses å være et selektivt tiltak eller ikke.

2.4.3 Vil forbudet utgjøre lovlig statsstøtte etter EØS art. 61 (3)?

2.4.3.1 Overordnet

Forutsatt at statsstøttereglene kommer til anvendelse (kapittel 2.4.1) og at forbudet er selektivt og dermed utgjør en støtte (kapittel 2.4.2), er spørsmålet i dette kapitlet om støtten likevel vil være lovlig.

EØS art. 61 (3) bokstav c gir ESA mulighet til å godkjenne:

“aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such

aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest.”

For at et palmeoljeforbud skal være forenlig med artikkel 61 (3) bokstav c, må to vilkår være oppfylt. Støtten må ha et legitimt formål, det vil si at et palmeoljeforbud må være gitt for å nå politiske og/eller økonomiske målsettinger som er forenlige med EØS-avtalen og støtten må ikke endre samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser.

Forbudet mot palmeolje eller biprodukter i offentlige innkjøp av biodrivstoff vil være innrettet mot å ivareta sentrale miljøhensyn knyttet til å redusere klimagassutslipp mv. Dette formålet er forenlig med EØS-avtalen.

Det sentrale spørsmålet er dermed hvorvidt forbudet fremstår som forholdsmessig. Innholdet i forholdsmessighetsvilkåret kan formuleres på ulike måter, men det sentrale er at støtten er egnet og ikke går lenger enn nødvendig for å sikre miljøformålet, samtidig som virkningene av støtten må stå i et rimelig forhold til formålet med støtten.

Når det gjelder vurderingen av støttens egnethet og nødvendighet, viser vi til avsnitt 2.3.5 og 2.3.6 ovenfor. Vurderingen under EØS art. 13 og statsstøttereglene vil her langt på vei sammenfalle, og reglene forfølge det samme overordnede formål.²¹⁴

2.4.3.2 Forholdsmessighet mellom støttens miljøpolitiske formål og virkning på EØS-samhandelen/konkurransen

Etter vår vurdering er den avgjørende og sentrale vurderingen knyttet til om virkningene av støtten på konkurransen og samhandelen i EØS, står i et rimelig forhold til det formål støtten skal ivareta. Vurderingen er sammensatt, og forutsetter en mer inngående analyse av støttens varighet, omfang og intensitet, og hvilken virkning støtten vil ha på konkurransen, innovasjonen og det private initiativ i markedet. Selv om vi ikke har full oversikt over hvilken virkning støtten har, er det etter vår vurdering mindre sannsynlig at støttens virkninger på EØS-samhandelen/konkurransen ikke står i et rimelig forhold til de miljøformål støtten skal ivareta. Vi må her nøye oss med å påpeke noen hovedpunkter:

For det første vil hensynet til miljøet og den prinsipielle begrunnelsen for støtten heve terskelen for hvilke samhandels- og konkurransevirkninger som vil kunne gjøre forholdet mellom støttens formål og virkning urimelig. Hvor støtten rører ved EUs kjerneverdier, skal det mer til før støtten blir uforholdsmessig. Sammenhengen mellom dagens energisam-

214 Se EU-domstolens sak 18/84 Kommisjonen mot Frankrike, premiss 10 og 13, slik sitert ovenfor i premiss (219).

funn og de fremtidige klimamålene tilsier at staten har et handlingsrom for å nå klimamålsetningen.²¹⁵

For det andre vil støtten være indirekte ved at den ikke målretter ett bestemt foretak, men lar det være opp til anskaffelsesreglene og en vurdering av det beste tilbudet å definere hvem som til sist vinner konkurransen.

For det tredje må det i vurderingen av forholdsmessigheten tas hensyn til de positive effektene av et palmeoljeforbud. Behovet for å begrense klimagassutslipp og sikre bærekraftig biodrivstoff er anerkjent under EUs statsstøtteregulering.²¹⁶

2.4.4 Oppsummering

Etter vår vurdering vil et palmeoljeforbud som står seg etter EØS art. 13 ikke utgjøre ulovlig statsstøtte etter EØS art. 61. Vi har imidlertid understreket at det hefter noen usikkerheter ved dette. Vi antar derfor at staten vil ønske å involvere ESA i vurderingen av tiltakets forenlighet med statsstøttereglene.

Dersom staten velger å notisere et palmeoljeforbud til ESA, representerer ikke en slik notifikasjon noen erkjennelse av at det foreligger statsstøtte. Derimot vil en slik "forsiktighetstilnærming" være i samsvar med lojalitetsplikten som påhviler den norske stat etter EØS art. 3, og innebærer en endelig og bindende avklaring av forbudets gyldighet under EØS-avtalens regler om statsstøtte. En avklaring med ESA vil derfor eliminere risikoen for at ESA senere vurderer et palmeoljeforbud som støtte og pålegger tilbakebetaling av utbetalt støtte.

Etter vår vurdering er risikoen begrenset for at ESA ikke vil godkjenne et palmeoljeforbud under statsstøttereguleringen. For det første er det gode argumenter for at et tiltak som er lovlig etter EØS art. 13, ikke vil måtte vurderes under statsstøttereglene. For det andre er det gode argumenter for at en generell lovregel som gjelder likt i alle offentlige anskaffelser og som er lovlig etter EØS art. 13, ikke omfattes av statsstøttereglene etter EØS art. 61 (1). For det tredje vurderer vi det som sannsynlig at forbudet kan begrunnes i EØS art. 61 (3) c og ESAs miljøstøtteretningslinjer.

Dersom staten velger å notisere forbudet til ESA, vil ESA innen to måneder ta stilling til om det skal foretas en såkalt formell undersøkelse. Det er ikke usannsynlig at ESA vil åpne en formell undersøkelse. Antatt saksbehandlingstid er da fra seks måneder til to år.

2.5 Hvilke begrensninger legger EU-/EØS-anskaffelsesretten på et palmeoljeforbud?

2.5.1 Overordnet

Vi forutsetter i dette kapittelet at et palmeoljeforbud vil være en lovlig begrunnet restriksjon etter EØS art. 13 og at EØS-avtalens regler om statsstøtte ikke er til hinder for et palmeoljeforbud. Spørsmålet er da om EØS-anskaffelsesretten begrenser statens adgang til å innføre et palmeoljeforbud.

EU-/EØS-anskaffelsesretten er forankret i avtale av 1. januar 1994 mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol ("ODA-avtalen"), EØS-avtalen²¹⁷ og EØS-anskaffelsesdirektivene.²¹⁸ Verken EU-traktaten eller EØS-avtalen inneholder konkrete regler om gjennomføringen av offentlige anskaffelser, eller nevner offentlige anskaffelser på annen måte.²¹⁹ Heller ikke ODA-avtalen inneholder noen slike begrensninger.²²⁰

Spørsmålet om EØS-anskaffelsesretten er til hinder for et palmeoljeforbud, må derfor løses på bakgrunn av EØS-anskaffelsesdirektivene.

EØS-anskaffelsesdirektivene oppstiller regler om gjennomføringen av offentlige anskaffelser, men inneholder ingen bestemmelser som direkte begrenser statens lovgivningsmyndighet eller mulighet til å begrense bruken av for eksempel palmeolje i offentlige innkjøp. I tillegg er det uklart om direktivene overhodet vil kunne begrense adgangen til å innføre et tiltak som er lovlig begrunnet etter EØS art. 13. Vi viser til merknader under kapittel 2.4.1 om dette.

Dersom EØS-anskaffelsesdirektivene oppstiller begrensninger må dette være knyttet til kravet om tilknytning mellom de krav og kriterier som oppdragsgiver oppstiller i den enkelte anbudskonkurranse og kontraktsgjenstanden, eller de grunn-

²¹⁵ Se ESAs miljøstøtteretningslinjer av 16. juli 2014 nr. 301/14/KOL, premiss 102. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:E2014C0301&from=EN>

²¹⁶ Se ESAs miljøstøtteretningslinjer, premiss 9, 107-109.

²¹⁷ Vedlegg XVI, jf. artikkel 65 nr. 1.

²¹⁸ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser og om opphevelse av direktiv 2004/18/EF ("anskaffelsesdirektivet"), Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om opphevelse av direktiv 2004/17/EF og Europaparlamentets ("forsyningsdirektivet") og Rådets direktiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter ("konsesjonsdirektivet").

²¹⁹ EØS-avtalens bestemmelser om offentlige innkjøp er forankret i EØS-avtalens vedlegg XVI, jf. artikkel 65 nr. 1. Vedlegget inneholder ingen bestemmelser som begrenser regjeringen i å innføre et palmeoljeforbud.

²²⁰ Etter ODA-avtalen artikkel 23 skal EFTAs overvåkningsorgan i samsvar med artikkel 22 og 37 og EØS art. 65 nr. 1 og 109 og vedlegg XVI, og i henhold til bestemmelsene i protokoll 2 til ODA-avtalen, sikre at EØS-avtalens bestemmelser om offentlige innkjøp blir anvendt av EFTA-statene.



leggende prinsippene i EØS-anskaffelsesdirektivene knyttet til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet. Dette skal kort drøftes i det følgende.

2.5.2 Kravet om tilknytning mellom krav/kriterier i anskaffelsen og kontraktsgjenstanden hindrer ikke et palmeoljeforbud

Et grunnleggende prinsipp i anskaffelsesretten er kravet til tilknytning mellom de krav og kriterier som oppdragsgiver oppstiller og kontraktsgjenstanden.²²¹ Dette prinsippet begrenser staten i tilfeller hvor staten opptrer som innkjøper underlagt anskaffelsesreglene. Hvorvidt prinsippet også begrenser staten, hvor denne opptrer som lovgivningsmyndighet er uklart, og det finnes ingen klare presedenser fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen hva gjelder prinsippets begrensning på statens alminnelige lovgivningsmyndighet.²²²

I praksis er det vanskelig å se at dette prinsippet skal utgjøre noen skranke utover det kravet til egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet som følger av EØS art. 11 og 13. Innkjøp av biodrivstoff vil ha en naturlig sammenheng til klimagassutslipp og miljø ettersom drivstofforbruk i utgangspunktet bidrar til global oppvarming og biodrivstoff er positive virkninger for miljøet sammenlignet med konvensjonelt drivstoff. Integrering av miljøhensyn i offentlige anskaffelser er også et gjennomgående tema i de nye anskaffelsesdirektivene.²²³ Det fremholdes flere steder i fortalene at offentlige innkjøp spiller en sentral rolle i strategien med å nå miljømål.²²⁴ I fortalens premiss 41 heter det direkte at “[d]ette direktiv er ikke til hinder for, at der indføres eller anvendes foranstaltninger, som er nødvendige for at beskytte [...] menneskers og dyrs liv samt plantesundheden, eller andre miljøforanstaltninger, navnlig med henblik på en bæredygtig utvikling, forutsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med TEUF”.

2.5.3 De grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet hindrer ikke et palmeoljeforbud

De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten vil gjelde for alle anskaffelser som omfattes av lov om offentlige anskaffelser og følger av EØS-anskaffelsesretten.²²⁵

Fra et indre markedsperspektiv er den sentrale utfordringen knyttet til hvorvidt det aktuelle forbudet diskriminerer eller begrenser markedsadgangen uten at forbudet kan anses egnet, nødvendig og

221 Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser ("FOA") §§ 8-5, 8-7, 8-11, 8-12, 15-1, 15-3, 16-1, 18-1 og 19-1.

222 Se blant annet Sue Arrowsmith, Social and Environmental Policies in the EU, s. 22 følgende om skillet.

223 Se også kommentarene til anskaffelsesdirektivene, tilgjengelig her: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:32014L0024#1213547>

224 Anskaffelsesdirektivet, avsnitt 2, 37-41, forsyningsdirektivet, avsnitt 4, 52-56 og konsesjonsdirektivet, avsnitt 3, 55-59.

225 Prop.51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven), kapittel 10, side 81.

forholdsmessig til å ivareta et større hensyn. Denne vurderingen er gjort under prøvingen av EØS art. 11 og 13 og konsumerer i realiteten en ny prøving av om tiltaket er forholdsmessig²²⁶, ikke-diskriminerende²²⁷, etterprøvbart, forutberegnelig²²⁸ og (i tilstrekkelig grad) legger til rette for konkurranse.²²⁹

Tilsvarende argumentasjon finner vi også i EU-domstolens avgjørelse i *Concordia Bus Finland* (C-513/99), som viser at oppdragsgivers beslutning om hvilke egenskaper som ønskes for produktene (ref. beslutning nr. 3 ovenfor) ikke røkkes ved likebehandlingsprinsippet. Saken gjaldt en kontrakt om busstransport. Et av tildelingskriteriene for anskaffelsen ga ekstra poeng til leverandører som kunne tilby busser som ikke oversteg et definert nivå av nitrogenoksid og støutslipp. EU-domstolen aksepterte tildelingskriteriene selv om de gjorde det vanskeligere for leverandører som ikke kunne tilby busser i henhold til de nevnte tildelingskriteriene, og også selv om det kun var én leverandør, tilknyttet oppdragsgiver, som kunne tilby slike busser. Ifølge EU-domstolen var tildelingskriteriene objektive og de ble anvendt likt på alle leverandørene, og dermed var de ikke i strid med likebehandlingsprinsippet.²³⁰

2.6 Prosess, bevisbyrde og dokumentasjonskrav

EØS-høringsloven pålegger staten å gi ESA melding om tekniske regler som vurderes innført, samt respektere et gjennomføringsforbud inntil tre måneder etter at ESA har mottatt melding.²³¹

Tekniske regler er definert som blant annet “regler som forbyr produksjon, import, omsetning eller bruk av et produkt”. Et palmeoljeforbud, selv om dette er begrenset til å gjelde innkjøp underlagt reglene om offentlige anskaffelser, vil falle inn under denne definisjonen.²³²

Staten har bevisbyrden for at tiltaket er egnet, nødvendig og derved proporsjonalt for å ivareta de miljøhensyn det er innrettet mot. Beviskravets nærmere innhold må særlig fastlegges ut fra EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis, og det er særlig i saker om restriksjoner begrunnet i hensynet til helse at spørsmålet er kommet på spissen. Hvor strengt dokumentasjonskravet forstås og vurderes, varierer etter praksis og vil kunne avhenge av hvor overbevist domstolen er om tiltakets generelle rimelighet og forholdsmessighet.²³³

Det er klart at staten ikke må påvise med visshet at biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje leder til netto høyere klimagassutslipp.²³⁴ Derimot er det grunn til å anta at staten i det minste må kunne føre bevis av et visst omfang og vitenskapelig tyngde for at bruken av palmeolje i biodrivstoffproduksjon kan ha uheldige miljøkonsekvenser (skaderisiko), og at disse er av et omfang som tilsier en føre var-tilnærming (skadepotensiale).²³⁵ Dokumentasjonen bør være forankret i internasjonal, og ikke utelukkende norsk forskning, herunder i rammeverket for internasjonalt klimamarbeid (FNs rammekonvensjon om klimaendring

226 Forholdsmessighetsprinsippet innebærer i praksis at de krav som stilles til prosedyren som oppdragsgiver skal gjennomføre, må stå i forhold til det som skal anskaffes og derved tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang, se EU-domstolens sak C 265/87, avsnitt 21.

227 I Storebælt-saken (EU-domstolens sak C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257) hadde oppdragsgiver stilt krav om at leverandørene i størst mulig utstrekning skulle benytte danske materialer og dansk arbeidskraft. EU-domstolen konstaterte at et slikt krav var diskriminerende og dermed i strid med Roma-traktaten artikkel 28 om fri flyt av varer. Se også EU-domstolens sak C-810/79, ECLI:EU:C:1980:228 (Peter Überschar) avsnitt 16, hvor domstolen slår fast at likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesretten “*blot er en speciel udformning af, et grundlæggende princip i fællesskabsretten*”. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90705&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1093713>

228 Kjernen i prinsippene om etterprøvbart og forutberegnelighet er at leverandørene skal gis mulighet til å kontrollere at konkurransereglene ikke bryter med likebehandlingsprinsippet (etterprøvbart). Et forbud vil vedtas i forskrifts form, og dermed være offentlig kjent og tilgjengelig.

229 Sue Arrowsmith, Third Edition 2014, The law of public and utilities procurement, volume 1, punkt 4-25, side 257 og Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik, 2009, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, punkt 3, side 59-60.

230 Se avsnitt 81-85 i avgjørelsen.

231 Se LOV-2004-12-17-101 § 2 (anvendelsesområde), § 3 (definisjon av tekniske regler) og § 6 (stillstandsplikt/gjennomføringsforbud).

232 Se også tilsvarende begrep i Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2015/1535 om en informasjonsprosedyre for tekniske regler og informasjonssamfunnstjenester (artikkel 1 bokstav f) som kodifiserer og endrer Europaparlamentets- og rådsdirektiv 98/34/EF av 22. juni 1998 om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske regler. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2010/okt/kodifisering-av-9834/id2433678/>

233 I EU-domstolens sak C-284/95, *Safety Hi Tech mot S&T. SRL*, ECLI:EU:C:1998:352, fant EU-domstolen at et forbud mot anvendelse og markedsføring av hydroklorfluorkarboner bestemt til brannslukking for beskyttelse av ozonlaget var lovlig og begrunnet var prøvingen i premiss 59-61, jf. premiss 66 meget knapp. Tilsvarende begrenset EU-domstolen seg i *Preussen Elektra- og Wallonia-avfallssakene* til en vurdering av nødvendigheten av tiltakene, uten en nærmere prøving av tiltakets generelle forholdsmessighet og dokumentasjonskravet. Motsatt i EU-domstolens sak C-510/99 *Tridon*, ECLI:EU:C:2001:559, hvor domstolen bemerket at en vurdering av forholdsmessigheten av et forbud mot salg av papegøyer født i fangenskap ikke var mulig “uden yderligere oplysninger [...]dels på videnskabelige undersøgelser, dels på de faktiske omstændigheder” (premiss 58). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46779&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=140527>

234 Se blant annet advokat Kokotts generelle utlegning av føre var-prinsippet, riktignok på helseområdet, i EU-domstolens sak C 477/14, ECLI:EU:C:2015:854, premiss 65. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CC0477>

235 Se EU-domstolens sak C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, premiss 54: “*In that regard, the reasons which may be invoked by a Member State by way of justification must be accompanied by appropriate evidence or by an analysis of the appropriateness and proportionality of the restrictive measure adopted by that State, and specific evidence substantiating its arguments (see, to that effect, judgments in Lindman, C-42/02, EU:C:2003:613, paragraph 25; Commission v Belgium, C-227/06, EU:C:2008:160, paragraph 63; and ANETT, C-456/10, EU:C:2012:241, paragraph 50)*”. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62014CJ0333>

mv.).²³⁶ I sak C 333/08 om et fransk markedsføringsforbud og godkjennelsesordning for visse tekniske hjelpemidler, ble denne testen oppsummert som følger:²³⁷

“Der kan kun træffes beslutning om forbud mod markedsføring, hvilket i øvrigt er den mest restriktive hindring for samhandelen vedrørende produkter, der lovligt er fremstillet og markedsført i andre medlemsstater, såfremt den reelle påståede risiko for folkesundheden forekommer tilstrækkeligt godtgjort på grundlag af de seneste videnskabelige data, der er til rådighed på tidspunktet for vedtagelsen af en sådan beslutning. I en sådan sammenhæng er genstanden for den evaluering af risikoen, som medlemsstaten er forpligtet til at foretage, en vurdering af sandsynlighedsgraden for skadelige virkninger ved anvendelsen af TH ved fremstilling af levnedsmidler for menneskers sundhed samt af omfanget af disse potentielle virkninger (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Danmark, præmis 48, dommen af 5.2.2004, Kommissionen mod Frankrig, præmis 55, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 49).”

Det ligger utenfor mandatet til denne utredningen å gjennomgå det vitenskapelige fundamentet som eventuelt finnes for en skjerpet tilnærming til biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. Vi skal likevel gjøre enkelte overordnede bemerkninger.

I praksis vil staten ved innføringen av et palmeoljeforbud ha betydelig drahjelp fra den forskning, offentlig konsultasjon og policy som allerede er utviklet av Kommisjonen, interessentene og det akademiske miljø i kjølvannet av blant annet fornybardirektivet, ILUC-direktivet, RSPO mv. Det finnes så vidt oss bekjent et relativt utførlig kildemateriale som er kritisk til totaleffekten av økt palmeoljeimport for å øke biodrivstoffandelen.²³⁸ Forskerne Liisa Saikkonen, Markku Ollikainen og Jussi Lankoski studerte i 2014 hvorvidt økt biodrivstoffproduksjon basert på palmeolje var sosialt ønskelig og hvorvidt utstrakt bruk av palmeolje i EU kunne forsvares ut fra overordnede klimafordeler og hvilken innvirkning biodrivstoffpolitikken i Finland har, hvor palmeoljebasert biodrivstoffproduksjon intensiveres. Konklusjonen i rapporten var at velferdskon-

sekvensene av den finske politikken i effekt kan være negative. Videre heter det i konklusjonen følgende:

“Our results for the EU biofuel market, Southeast Asia and Finland show very little evidence that a large scale use of imported palm oil in diesel production in the EU can be justified by lower greenhouse gas emission costs. Cuts in emission costs may warrant actual production levels only if low or negative land-use change emissions result from oil palm cultivation and if the estimated per unit social costs of emissions are high. In contrast, it is the high renewable diesel price set by the current EU biofuel policies that promotes the production of palm oil based renewable diesel.”

Når det gjelder virkningene av økt produksjon, finner vi tre måter for å øke denne basert på en gitt råvare. Reduksjon av produksjonen av andre råvarer, konvertering av ubrukt land eller produksjonseffektivisering på allerede utnyttet land. En studie av Salvatore og Damen (2010) indikerer i denne sammenheng at økt palmeoljeproduksjon i Thailand mest sannsynlig vil måtte basere seg på økt konvertering av land.²³⁹ I studien heter det følgende:

“The study revealed that coffee, rambutan and rice are significantly affected by oil palm expansion. Consequently, the greenhouse gas emissions due to land use change arising from the AEDP [The Royal Thai Alternative Energy Development Plan] are projected to be lower than without land use change. The socio-economic impacts cover positive impacts, i.e., currency savings and increases in farmers' income due to higher prices of oil palm, and negative impacts, i.e., increases in prices of foods, such as bottled palm oil, and biodiesel for energy use. Compared to conventional diesel (B0), the net socio-economic impact of 2% biodiesel (B2) is better, but 5% (B5) and 10% (B10) are worse. [...] Furthermore, the set-aside land and non-productive land are seldom affected by biodiesel promotion because more effort and fertilizer are needed to make those kinds of land suitable for oil palm, resulting in higher costs and less return.”

Andre studier understreker behovet for vesentlige endringer og økt fokus på bærekraftkriterier, redusere konvertering av nye landom-

236 Jf. EU-domstolens sak C-304/84, Muller, ECLI:EU:C:1986:194, premiss 24. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0304>

237 Se EU-domstolens sak C-333/08, Kommisjonen mot Frankrike, ECLI:EU:C:2010:44, premiss 85.

238 Se blant annet Chongprode Kochaphum, Shabbir H. Gheewala og Soydo Vinitnantharat: Does palm biodiesel driven land use change worsen greenhouse gas emissions? An environmental and socio-economic assessment, Energy for Sustainable Development, Bind 19 Desember 2015, s. 100-111; Sune Balle Hansen m.fl.: Trends in global palm oil sustainability research, Journal of Cleaner Production, Bind 100, 1 August 2015, s. 140-149; Anwar Johari m.fl.: The challenges and prospects of palm oil based biodiesel in Malaysia, Energy, Bind 81, 1 March 2015, s. 255-261; Liisa Saikkonen m.fl.: Imported palm oil for biofuels in the EU: Profitability, greenhouse gas emissions and social welfare effects, Biomass and Bioenergy, Bind 68, September 2014, Pages 7-23 og Érica Geraldine Castanheira m.fl.: Greenhouse gas intensity of palm oil produced in Colombia addressing alternative land use change and fertilization scenarios, Applied Energy, Bind 114, February 2014, s. 958-967.

239 Chongprode Kochaphum a, Shabbir H. Gheewala b, c, Soydo Vinitnantharat: Does palm biodiesel driven land use change worsen greenhouse gas emissions? An environmental and socio-economic assessment.

råder og teknologiutvikling for å effektivisere produksjonen.²⁴⁰

Datagrunnlag knyttet til nettovirkningene av økt biodrivstoffproduksjon basert på palmeoljeproduksjon er imidlertid sammensatte – og vi anbefaler at det gjøres en grundig konsekvensutredning i sammenheng med et eventuelt forslag om et palmeoljeforbud. En slik konsekvensutredning bør også forsøke å kartlegge hvilke produsenter, distributører og andre aktører som vil bli påvirket av et forbud og i hvilken grad. Dersom forbudet kan tolkes som en favorisering av norske biodrivstoffprodusenter, vil det kreve en større grad av sikkerhet for forbudets treffsikkerhet. Det bør også gjøres en sammenligning mellom hvilke miljøeffekter det har å produsere palmeolje og annen type biomasse.

Undersøkelser av lovregler og begrensninger på palmeolje i andre land, vil også være nyttig. Det kan i denne sammenheng særlig være grunn til å se nærmere på hvordan finske myndigheter har tilnærmet seg klimagassutfordringene knyttet til palmeolje, ettersom Finland har valgt å intensivere biodrivstoff for å møte kvoteforpliktelser og finske biodrivstoffprodusenter vil måtte antas å rammes av et forbud.

Vi understreker samtidig at forbudet ikke må utformes på en måte som rammer palmeoljeproduksjon som ikke bidrar til høyere (netto) klimagassproduksjon. Avhengig av hvilken naturvitenskapelig dokumentasjon staten finner, vil det kunne være hensiktsmessig å avgrense forbudet mot bestemte former for produksjon, dyrkingssted, metode eller andre kriterier som gir dokumenterbare positive klimagasseffekter.

3 Er det internasjonale handelsregelverket i WTO og Norges øvrige handels- og investeringsavtaler til hinder for et palmeoljeforbud?

3.1 Introduksjon

Vi skal i dette kapitlet drøfte hvorvidt et palmeoljeforbud kan være i strid med andre handelsrettslige forpliktelser Norge er bundet av. På samme

måte som EØS-avtalen, setter det internasjonale handelsregelverket begrensninger på hva slags reguleringer Norge kan innføre dersom dette går ut over utenlandske aktører. Relevante folkerettslige avtaler er spesielt regelverket til Verdens handelsorganisasjon (World Trade Organization, heretter benevnt "WTO") og Avtalen om offentlige innkjøp (Agreement on Government Procurement, heretter benevnt "GPA-avtalen"), EFTAs 27 handelsavtaler og Norges 14 bilaterale investeringsavtaler. I det videre vil vi redegjøre for hvilke begrensninger disse avtalene legger, og konsekvensene dersom de ikke overholdes.

3.1.1 Forholdet mellom handelsretten og miljøretten

Det internasjonale handelsregelverket og de folkerettslige reglene som regulerer miljøspørsmål eksisterer side om side. De håndheves ikke nødvendigvis av de samme internasjonale domstolene – hvis de håndheves i det hele tatt. Det er ikke umiddelbart klart om etterlevelse av et regelverk kan utgjøre brudd på et annet regelverk.

Wien-konvensjonen om traktatretten fra 23. mai 1969 ("Wien-konvensjonen"), som Norge er bundet av gjennom folkerettslig sedvanerett, legger opp til at andre folkerettslige regler skal komme i betraktning når en tolker innholdet i en traktat.²⁴¹ Forutsetningen er at de andre folkerettslige reglene er relevante i den aktuelle saken, og at partene som er involvert, er bundet av dem.²⁴² For å tolke innholdet i en handelsrettslig avtale som regulerer offentlig innkjøp av palmeolje, er det nødvendig å se hen til andre internasjonale avtaler mellom de berørte statene som gjelder palmeolje, samt folkerettslig sedvanerett.

På samme måte vil avtaler som refererer til miljøtiltak, bærekraftig utvikling og lignende utgjøre en del av konteksten avtalen skal tolkes i, og derfor være en del av grunnlaget for tolkning av avtalens innhold.²⁴³ Som vi kommer tilbake til under kapittel 3.3 er dette relevant for flere av EFTAs handelsavtaler.

Det følger blant annet av FNs klimakonvensjon at Norge og alle andre land som er tilsluttet konven-

240 Se blant annet Benjamin K. Sovacool: Palm oil-based biofuels and sustainability in southeast Asia: A review of Indonesia, Malaysia, and Thailand: (1) "As the examination of the Indonesia, Malaysia and Thailand cases have shown, effort is needed in order to enhance ecological stability and socioeconomic equity in developing palm-based biodiesel. Prioritizing sustainability in Indonesia would require encouraging future plantations on non-forested, degraded lands, the recognition and legitimization of customary land tenure, designing enforceable institutions surrounding ecological conservation and land clearing for feedstock cultivation, and boosting competition and efficiency by reducing end-product subsidies. Greater sustainability in the case of Malaysia would mean enhanced government involvement in developing and enforcing sustainability criteria such as the proposed MSPO, and more emphasis on decentralizing production in order to realize equitable benefits and rural development gains. In Thailand, sustainability of current practices can be improved by protecting local ownership of plantations, encouraging cultivation on marginal, degraded lands instead of ecologically sensitive forests and exploring alternate feedstock for biodiesel production. In all three cases, opportunities to meet sustainability goals need to be urgently explored and acted upon before trends counter to those goals become deeply entrenched and in some cases, irreversible".

241 Se traktat nr. 18232 Vienna Convention on the law of treaties av 23. mai 1969. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>

242 Wien-konvensjonen art. 31 (2) bokstav c.

243 Wien-konvensjonen art. 31 (1) og (2).

sjonen er forpliktet til å innføre nasjonale tiltak for å begrense utslipp av klimagasser, og å sørge for å sikre at egne reserver av klimagasser beskyttes.²⁴⁴ Denne, og andre folkerettslige instrumenter om miljø, har vært med på å bidra til at miljøhensyn vil være relevante ved tolkningen av handelsrettslige regler. Som vi kommer tilbake til nedenfor, må slike forpliktelser implementeres på en måte som ikke strider imot handelsregelverkets ikke-diskrimineringsregler.

3.1.2 Miljø i WTO

Hvilken rolle miljø skal ha i WTOs gjeldende og fremtidige regelverk er et tema som er gjenstand for forhandlinger mellom medlemslandene på flere arenaer. Vi skal her fokusere på hvilken rolle miljø har i tolkningen av det gjeldende WTO-regelverket.²⁴⁵

Et WTO-land kan ikke påberope seg miljørettslige regler som selvstendig rettsgrunnlag innenfor WTO-systemet.²⁴⁶ Beslutninger fra WTOs tvisteløsningsmekanisme viser imidlertid at miljøretten tas i betraktning ved tolkningen av WTO-regelverket.

I *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (US Shrimp)²⁴⁷ hadde USA innført en sertifiseringsordning som forbød import av reker fra land uten sertifisering. USA ga sertifisering til land som brukte et spesielt garn som ikke skadet havskilpadder. Et sentralt spørsmål var om tiltaket, som i utgangspunktet var en restriksjon under GATT art. XI, var tillatt etter GATTs unntaksbestemmelse, og derfor likevel lovlig.²⁴⁸

USA hadde påberopt at tiltaket, som tok sikte på å bevare bestanden av havskilpadder, gjaldt *“konservering av ikke-fornybare naturressurser”*.²⁴⁹ Tre av ankemotpartene²⁵⁰ anførte at bestemmelsen kun refererte til ressurser som mineraler mv., og ikke levende og derfor fornybare ressurser.²⁵¹ Argumentet ble avvist av ankeorganet, som uttalte følgende:

“The words of Article XX(G), “exhaustible natural resources,” were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the

light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment”.²⁵²

Ankeorganet pekte også på WTO-avtalens fortale, som viste til at *“bærekraftig utvikling”*²⁵³ måtte tas i betraktning ved tolkning av avtalen. Videre la organet vekt på at andre folkerettslige avtaler la til grunn at levende naturressurser også kunne utryddes, herunder i Havrettstraktaten og CITES-konvensjonen om handel med utrydningstruede arter.²⁵⁴ På denne bakgrunn kom ankeorganet frem til at unntaksbestemmelsen om naturressurser også omfattet havskilpadder.²⁵⁵

Til tross for vurderingen av miljøargumentets relevans, konkluderte ankeorganet med at USAs sertifiseringsordning ikke kunne forsvares. Grunnen var at tiltaket ble ansett å være diskriminerende, blant annet fordi land som brukte identiske metoder som de USA krevde hadde blitt utelukket fra ordningen.²⁵⁶ Ankeorganet presiserte at beskyttelse av miljøet hadde betydning, men at tiltak måtte anvendes på en ikke-diskriminerende måte.

Saken illustrerer at miljø og internasjonal miljørett tillegges betydelig vekt i WTOs tvisteløsningssystem ved tolkningen av WTO-regelverket. Samtidig ligger det en bevisbyrde på stater som ønsker å påberope seg miljø som forsvar for tiltak som ellers vil være ulovlige.

Selv om miljøregelverket har blitt tatt i betraktning, gjør tvisteløsningsorganets organisering det vanskelig å rendyrke miljøspørsmålet i tvistene. Det fremgår av tvisteløsningsmekanismens prosessuelle regler (*“Dispute Settlement Understanding”*, heretter benevnt *“DSU”*) at ankeorganets beslutninger ikke skal svekke medlemslandenes rettigheter eller på annen måte underminere formålet til WTO-regelverket på noen måte.²⁵⁷

WTOs tvisteløsningsorgan har kun kompetanse til å løse tvister som dreier seg om WTO-regelverket.²⁵⁸ Selv om panelet og ankeorganet har anledning til å

244 United Nations Framework Convention on Climate Change artikkel 4 (2) a) (1994).

245 En utførlig oversikt over hvordan miljøspørsmål er adressert i WTO-systemet finnes på WTOs nettsider: WTO.org, An introduction to trade and environment in the TWO, (besøkt 30. november 2017): https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_intro_e.htm

246 Se Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organisation*, 3. utg, 2013, s. 57-58 for en videre redegjørelse av den akademiske debatten om bruk av andre folkerettslige avtaler som rettskilde i WTO.

247 Sak DS58 (1998).

248 GATT art. XX.

249 *“(…) conservation of exhaustible natural resources (...)”*, GATT art. XX (g).

250 India, Pakistan og Thailand.

251 US – Shrimp (WT/DS58/AB/R) avsnitt 127.

252 Ibid, avsnitt 129.

253 *“Sustainable development”*.

254 Ibid, avsnitt 130-133.

255 Ibid, avsnitt 134.

256 Ibid avsnitt 165.

257 DSU art. 3.5.

258 DSU art. 1.1, jf. vedlegg 1.

se hen til andre folkerettslige forpliktelser når disse avtalene skal tolkes, er det like fullt handelsrettslige, og ikke miljørettslige regler som er utgangspunkt for tvisten. Norge kan for eksempel ikke gå til sak mot et land under WTO-systemet dersom de produserer et produkt på en måte som skaper unødvendig forurensning. Siden WTOs tvisteløsningsorgan er det obligatoriske forumet for tvisteløsning av handelsrettslige tvister for alle WTO-land,²⁵⁹ vil det dessuten være vanskelig å ta slike tvister inn for andre internasjonale domstoler eller selv å igangsette folkerettslige mottiltak.

3.1.3 Sanksjoner og håndheving av WTO-regelverket

Det eksisterende WTO-regelverket legger opp til at det handelsrettslige regelverket danner utgangspunktet for tvister, og ikke andre relevante hensyn. Rettspraksis viser imidlertid at statene kan innføre miljøtiltak, så lenge disse faller innenfor WTOs unntaksbestemmelser. Vi kommer tilbake til dette i kapittel 3.2.2.3.

WTOs tvisteløsningsmekanisme har to instanser. Førsteinstans består av et panel av ad hoc-oppnevnte dommere. Ankeorganet består av fast oppnevnte dommere. Til å være en internasjonal domstol er WTOs tvisteløsningssystem forholdsvis effektivt. Ifølge WTO selv tar en sak normalt ikke lengre tid enn ett år, eller 15 måneder dersom saken ankes.²⁶⁰

Ethvert medlemsland kan bringe et annet medlemsland inn for et panel dersom landet mener WTO-regelverket er brutt. Det er ikke nødvendig for landet å påvise noen rettslig interesse, det er tilstrekkelig at landet selv ønsker å ta opp saken og at kravene til klagens innhold er oppfylt.²⁶¹ Dersom tvisten har grunnlag i en avtale kun noen land er med i – slik som GPA-avtalen, må klager være medlemsland.²⁶² Før saken tas opp, er partene pålagt å forsøke å løse tvisten gjennom konsultasjoner.²⁶³ Tvisteløsningsorganet har også mulighet til å innlede sak om hvorvidt en dom er etterlevd eller ikke, såkalte “compliance proceedings”.²⁶⁴

Som nevnt er WTOs tvisteløsningsorgan det obligatoriske organet for tvisteløsning under WTO-

regelverket. En part har heller ikke muligheten til å avvise tvisteløsningsorganets jurisdiksjon.²⁶⁵ Dette betyr at WTO-landene i utgangspunktet er forpliktet til å ta en sak til WTO, og ikke et annet forum.

Panelet og ankeinstansen har kompetanse til å utstede rapporter som konkluderer hvorvidt det har skjedd et brudd på en avtale eller ikke, med anbefalinger om hvordan den tapende part kan innrette seg etter regelverket.²⁶⁶ Anbefalingene er bindende straks disse er vedtatt av WTOs tvisteløsningsorgan (“Dispute Settlement Body”), noe som skjer med mindre samtlige WTO-medlemmer motsetter seg dette. Ettersom minst ett medlem alltid vil være den vinnende parten,²⁶⁷ er det usannsynlig at slike rapporter ikke vedtas.

Tvisteløsningsmekanismen åpner for tre ulike måter å sanksjonere et folkerettsbrudd på. For det første kan tiltaket som bryter med avtalen endres eller fjernes. For det andre kan den krenkede part kompenseres. For det tredje kan den tapende part igangsette mottiltak.²⁶⁸ Den tapende part må innrette seg innen 30 dager etter at rapporten er vedtatt, eller, dersom dette er vanskelig, innen rimelig tid. Dersom parten ikke gjør dette, må landet forhandle seg frem til en kompensasjon med den eller de andre som har vunnet saken.²⁶⁹ Kompensasjon er frivillig, men vil ofte være en bedre løsning enn mottiltak truffet av den andre parten. Dersom det ikke oppnås enighet om kompensasjon innen 20 dager, har den vinnende part rett til å igangsette midlertidige mottiltak.²⁷⁰ Disse består typisk av å forhøye tollsatsene i sektorer som er relatert til den hvor bruddet skjedde, eller at staten ikke lenger overholder alle deler av regelverket overfor en gruppe produkter eller tjenester.

I denne sammenhengen går det for eksempel an å tenke seg en situasjon hvor ankeorganet ville kommet til at et palmeoljeforbud vil være i strid med WTO-regelverket, og Norge ikke hadde endret praksis. Den klagende part kunne da tenkes å nekte innkjøp av biodrivstoff fra Norge i en periode, eller andre lignende produkter slik som vanlig drivstoff. Slike tiltak kan potensielt ramme små økonomier som den norske hardt.

259 DSU art. 23.1.

260 A Unique Contribution: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/disp1_e.htm (besøkt 20. oktober 2017).

261 Dispute Settlement Understanding (DSU) art. 6.

262 GPA art. XX, jf. DSU Annex I (C).

263 DSU art. 4.

264 DSU art. 21 (5).

265 DSU art. 6 presiserer at et panel “skal” etableres hvis en part krever dette. Se også DSU art. 23(1).

266 DSU art. 19.

267 DSU arts. 16 (4) og 17 (14).

268 DSU art. 22.

269 DSU art. 22.

270 DSU art. 22 (4).

3.1.4 Særlig om bevisbyrden i WTO-retten

WTOs regelverk inneholder ikke bevisregler. WTOs ankeorgan følger samme regler som andre internasjonale domstoler. Ifølge disse reglene er det den som påberoper seg en rettstilstand som må godtgjøre at det er dekning for denne.²⁷¹

Dersom et land reiser sak mot Norge i WTO på grunn av palmeoljeforbudet, vil dette landet altså måtte godtgjøre at vilkårene for at det foreligger diskriminering er oppfylte. Dette innebærer å godtgjøre at det aktuelle tiltaket er omfattet av avtalens virkeområde, at tiltaket gir tilbydere dårligere behandling enn norske eller tilbydere fra tredjeland eller at den samme behandlingen ikke har skjedd umiddelbart og uten vilkår. Dersom landet klarer å godtgjøre dette, må Norge så godtgjøre at et palmeoljeforbud forfølger et legitimt formål, at tiltaket er nødvendig for å oppnå dette formålet, og at tiltaket ikke innebærer vilkårlig eller urettferdig forskjellsbehandling mellom like omstendigheter.

3.2 Er WTO-regelverket til hinder for et palmeoljeforbud?

3.2.1 Innledning

Som medlem av WTO er Norge bundet av en rekke regler som regulerer internasjonal handel med varer og tjenester. Med 164 medlemsland har WTO-regelverket et bredere virkeområde enn EØS-regelverket.²⁷²

Dersom staten skal kreve at offentlige innkjøp av biodrivstoff skal være uten palmeolje, er det særlig GPA-avtalen som er aktuell. Per oktober 2017 har WTOs tvisteløsningsmekanisme aldri behandlet et spørsmål om ikke-diskriminering under GPA-avtalen.²⁷³ Den videre vurderingen av disse må derfor baseres på WTOs tolkning av andre avtaler. Siden de ulike WTO-avtalene regulerer ulike områder, har ulik ordlyd, ulike hensyn å ivareta og et ulikt folkerettslig bakteppe, er det ikke gitt at ikke-diskrimineringsreglene i de ulike avtalene vil bli tolket likt. Det er derfor ikke mulig å trekke noen klare føringer for hvordan disse vil slå ut for et palmeoljeforbud. Rettspraksis fra WTOs tvisteløsningsmekanisme kan imidlertid gi en anvisning på hva domstolen har vektlagt ved tidligere anledninger, og derfor mest

sannsynlig også vil legge vekt på når de samme prinsippene skal anvendes under GPA-avtalen.

Overføringsverdien av praksis fra andre avtaler vil begrenses av to forhold. For det første tillater GPA-avtalen eksplisitt at det stilles krav til at produksjonen av et produkt skal skje på en miljøvennlig måte. Mens det er svært omdiskutert om slike krav kan stilles under andre WTO-traktater, uttales dette eksplisitt i GPA-avtalen. Denne adgangen innebærer at staten antakelig vil ha et større handlingsrom til å skille mellom aktører på bakgrunn av hvordan produktet er produsert enn det som vil være tilfelle i andre avtaler. For det andre tar GPA-avtalen først og fremst sikte på å regulere statens myndighetsutøvelse i rollen som innkjøper, og ikke som lovgiver generelt. Førstnevnte er en rolle som tradisjonelt har blitt innrømmet større handlingsrom i handelsretten. Dette illustreres blant annet av at offentlige anskaffelser har falt utenfor WTOs multilaterale avtaler slik som GATT og TBT-avtalen, ettersom statene ikke har sagt seg villige til å bli bundet når de utøver sin rolle som innkjøper.

3.2.2 Når kommer Agreement on Government Procurement (GPA) til anvendelse?

3.2.2.1 Innledning

GPA-avtalen om offentlige anskaffelser har et begrenset virkeområde. Avtalen gjelder kun for visse land, i visse sektorer og ved innkjøp over en viss størrelse. Det kan derfor være vanskelig å få fullstendig oversikt over i hvilke tilfeller avtalen får anvendelse.

Et kompliserende moment er at Norge, i tillegg til flere andre land, har tatt i bruk såkalt gjensidighetsanvendelse. Dette betyr at varer og tjenester fra et land kun er omfattet av avtalen dersom tilsvarende varer fra Norge får tilsvarende beskyttelse i landet varen eller tjenesten importeres fra.²⁷⁴

3.2.2.2 Medlemsland

GPA-avtalen er en *plurilateral avtale*, noe som betyr at ikke alle WTOs medlemsland er parter i avtalen.²⁷⁵ Per desember 2017 er kun 19 medlemmer bestående av til sammen 47 land part i avtalen.²⁷⁶ I tillegg er ti land i en prosess om å slutte seg til avtalen.²⁷⁷

271 Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, s. 257-258.

272 Pr. oktober 2017 var ytterligere 21 land i søknadsprosessen for WTO-medlemskap. En fullstendig oversikt finnes her: https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/status_e.htm (besøkt 20. oktober 2017).

273 Den eneste saken som har vært oppe omhandler tolking av Sør-Koreas lister over forpliktelser, jf. Republic of Korea – Measures Affecting Government Procurement (2000). I tillegg har USA innledet konsultasjoner ved to anledninger, disse har ikke ført til sak fordi panelets kompetanse er utgått, se DS95 og DS88 (begge fra 1997). I tillegg har Japan innledet konsultasjoner ved en anledning, saken har da blitt forlikt, se DS73 (1997).

274 Et eksempel kan finnes i Norges Annex 3, note 1. Se også Trebilcock, Howse & Eliason, *The Regulation of International Trade*, 4. utgave, s. 402.

275 Se WTOs hjemmesider for en oppdatert oversikt over parter til avtalen: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm (besøkt 20. oktober 2017).

276 I tillegg til EU-landene er dette Armenia, Aruba, Canada, Hong Kong, Island, Israel, Japan, Liechtenstein, Moldova, Montenegro, New Zealand, Singapore, Sveits, Sør-Korea, Taipei, Ukraina, USA og Norge.

277 Albania, Australia, Kina, Georgia, Jordan, Kirgisistan, Oman, Russland, Tadsjikistan og Makedonia.

Ingen av landene som har sluttet seg til GPA-avtalen er storprodusenter²⁷⁸ av palmeolje, men biodrivstoff som inneholder palmeolje kan rammes av avtalen dersom selve drivstoffet tilvirkes i et medlemsland, og derfor anses å ha *opprinnelse* derfra.²⁷⁹

3.2.2.3 Sektorer

Medlemslandene angir selv hvilke sektorer avtalen skal gjelde for.²⁸⁰ For Norge gjelder avtalen i utgangspunktet innkjøp av alle typer varer, med mindre det er gjort særlige unntak.²⁸¹ Slike unntak er gjort for innkjøp innen blant annet energi-, transport- og postsektoren.²⁸² Innkjøp til bruk i disse sektorene vil som utgangspunkt ikke omfattes av avtalen.²⁸³

3.2.2.4 Terskelverdier

GPA-avtalen gjelder kun for innkjøp over et visst beløp, som angis i enheten SDR ("Special Drawing Rights"). Den siste oversikten Norge har publisert viser SDR konvertert til NOK i perioden 15. juni 2014–15. juni 2015, og vil være gyldig inntil neste konvertering som finner sted.²⁸⁴ Ifølge denne konverteringen gjelder avtalen for innkjøp over NOK 1 153 457 dersom sentrale myndigheter er innkjøper, og NOK 1 774 550 dersom lokale myndigheter er innkjøper. For varer som kjøpes inn av rettssubjekter som faller inn under forsyningsdirektivet (direktiv 2014/25) er minstebeløpet NOK 3 549 100.²⁸⁵

3.2.3 Når foreligger ulovlig diskriminering?

3.2.3.1 Innledning

Dersom GPA-avtalen kommer til anvendelse, forbyr den Norge å innføre tiltak som gir utenlandske tilbydere dårligere behandling enn norske tilbydere etter at de har kommet inn på markedet²⁸⁶ ("nasjonal behandling") eller dårligere vilkår enn tilbydere fra andre medlemsland ("bestevilkårsbehandling").²⁸⁷ Disse prinsippene er gjennomgående i flere av WTOS avtaler.²⁸⁸ Prinsippene er noe ulikt formulert i avtalene, men har samme formål – nemlig å sikre at varer

og tjenester i utgangspunktet blir behandlet likt, uavhengig av opprinnelse.

I GPA-avtalen er begge prinsippene knesatt i artikkel IV (1):

"Non-Discrimination"

With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to:

domestic goods, services and suppliers; and goods, services and suppliers of any other Party."

Bestemmelsen har fire hovedvilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge ulovlig diskriminering. For det første må det dreie seg om et tiltak. For det andre må tiltaket være utført av staten. For det tredje må tiltaket gjelde en omfattende anskaffelse. For det fjerde må tiltaket ikke gi en part mindre gunstig behandling enn det norske eller andre GPA-aktører får. Alle fire vilkårene må være oppfylt.

3.2.3.2 Tiltak må gjelde omfattede anskaffelser

Ikke-diskrimineringsreglene gjelder for ethvert tiltak ("any measure") staten foretar seg. Reglene er således ikke begrenset til lovgivning, men kan også dekke forskrifter, retningslinjer eller andre rutiner. Det vil i utgangspunktet dermed være det samme om et palmeoljeforbud formuleres som et absolutt forbud eller en policy. Det avgjørende er at staten, inkludert anskaffelsesmyndighetene, står bak det aktuelle tiltaket.

278 Se tall fra 2015, hentet fra Greenpalm.org, Where is palm oil grown?: <http://greenpalm.org/about-palm-oil/where-is-palm-oil-grown-2> 28. oktober 2017.

279 Dette avgjøres av et lands nasjonale regelverk, men er ilagt noen ytre rammer gjennom WTOS Agreement on Rules of Origin.

280 GPA art. II (4).

281 Norway - Goods - Annex 4.

282 Norway - General Notes - Annex 7.

283 Det følger av GPA, General Notes - Annex 7 at det er enkelte unntak fra unntaket ved at forsyningsanskaffelser omfattet av Annex 3 likevel er innenfor anvendelsesområdet til GPA. Annex 3 har imidlertid et langt snevrere anvendelsesområde enn forsyningsdirektivet (direktiv 2014/25/EC), og omfatter blant annet ikke anskaffelser til aktiviteter som er konkurranseutsatt (note 1), flyplass tjenester, havnetjenester, sporveier og busstjenester (note 6) mv.

284 Se Europalov.no, Justering av terskelverdiene for anbudsplikt ved offentlige innkjøp (besøkt 30. november 2017) <http://europalov.no/rettsakt/justering-av-terskelverdiene-for-anbudsplikt-ved-offentlige-innkjop/id-7153>

285 Norway - General Notes - Annex 3. Se likevel note 1 om gjensidighetskrav. Se for øvrig detaljerte terskelverdier på WTOS e GPA portal: <https://e-gpa.wto.org/en/Agreement/Latest>

286 Adgangen til å pålegge utenlandske aktører avgifter gjennom toll gjelder også for varer og tjenester som skal brukes til offentlige anskaffelser, fremgår det av GPA art. IV (7), som presiserer at ikke-diskrimineringsreglene ikke er til hinder for å legge toll og andre avgifter i forbindelse med import.

287 GPA art. IV (1).

288 Se for eksempel GATT art. III for handel med varer, GATS art. XVII for handel med tjenester og TBT art. 2.1 for tekniske handelshindre (nasjonal behandling), samt GATT art. I, GATS art. II og TBT art. 2.1 (bestevilkårsbehandling).

3.2.3.3 Tiltaket må være foretatt av staten

Det aktuelle tiltaket må være foretatt av staten, enten i rollen som innkjøper eller i rollen som myndighetsutøver.

Staten vil alltid være ansvarlig for tiltak den foretar i rollen som myndighetsutøver, i henhold til folkerettslige regler om statsansvar.²⁸⁹ Dette omfatter tiltak fra alle organer som utøver offentlig myndighet, også om organet handler i strid med intern rett eller går utover sine instruksjoner.²⁹⁰

GPA-avtalen lar statene selv bestemme hvilke offentlige organer som skal være omfattet av avtalen i rollen som innkjøpere. For Norges del er anskaffelser foretatt av praktisk talt alle statlige, fylkeskommunale og kommunale organer, statseide selskaper og sammenslutninger bestående av offentlige aktører, samt aktører i forsyningssektoren, omfattet av avtalen.²⁹¹ For Norges del vil det derfor ha liten praktisk betydning om et palmeoljeforbud er utformet fra sentralt hold, eller er en del av en policy hos en lokal oppdragsgiver.

3.2.3.4 Omfattede anskaffelser

Ikke-diskrimineringsreglene gjelder bare for omfattede anskaffelser ("covered procurement"). Hvilke anskaffelser som er omfattet er definert i GPA art. II (2) og (3). Art. (2) og (3) oppstiller noen generelle vilkår: Innkjøpet må være blant annet "*for myndighetsutøvende formål*" ("governmental purposes"), ikke kjøpes inn med sikte på kommersielt videresalg og skal skje via kontrakt.

I tillegg må innkjøpet være innenfor virkeområdet statene selv har angitt i sine lister, med hensyn til sektorer, minimumsnivå og hvilke statlige myndigheter som er omfattet av avtalen, jf. kapittel 3.2.2.1 over.²⁹²

Artikkel 2 (3) angir sektorer som er utelatt fra avtalen, med mindre listene angir noe annet. Dette omfatter blant annet kjøp av fast eiendom, offentlige

ansettelser og innkjøp i forbindelse med nødhjelp mv.

3.2.3.5 Forbud mot mindre gunstig behandling

For at det skal foreligge brudd på GPA-avtalens diskrimineringsforbud, må det påvises at behandlingen er mindre gunstig ("less favorable") enn den nasjonale aktører eller andre tredjelandssaktører får. Det er ikke tilstrekkelig at behandlingen er annerledes.²⁹³ Det avgjørende er at produktene har like gode vilkår for å konkurrere på det relevante markedet.²⁹⁴

WTOs tvisteløsningsorgan har tidligere uttalt at ordet "behandling" både omfatter tiltak som eksplisitt skiller mellom aktører på bakgrunn av nasjonalitet ("direkte diskriminering"), men også tilfeller der en aktør er gjenstand for en implisitt forskjellsbehandling ("indirekte diskriminering").²⁹⁵ Sistnevnte kategori vil typisk omfatte opprinnelsesnøytrale tiltak som kun virker begrensende for aktører fra enkelte land. Et palmeoljeforbud kan tenkes å havne i denne kategorien. Forbudet vil gjelde all biodiesel uavhengig av opprinnelse, men vil kun få betydning for aktører fra land som produserer palmeolje eller importerer palmeolje til bruk i biodrivstoffproduksjonen.

WTOs ankeorgan har slått fast at en eventuell forskjellsbehandling må være over et visst minstenivå ("de minimis") for å rammes av diskrimineringsreglene. Fastleggelsen av dette minstenivået må avgjøres etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.²⁹⁶ Det er imidlertid ikke nødvendig å bevise noen uheldig effekt på importvolumet²⁹⁷ utover dette minstenivået.²⁹⁸

Mens det i andre avtaler under WTO kreves at forskjellsbehandlingen må skje mellom "like" produkter eller tjenester,²⁹⁹ har ikke GPA-avtalens artikkel IV noe tilsvarende vilkår. Et forbud mot mindre gunstig behandling forutsetter i praksis likevel en sammenligning av de aktører som rammes negativt av tiltaket og de aktørene som ikke rammes av tiltaket. Mens en slik sammenligning kan være

289 Reglene om statsansvar følger av folkerettslig sedvanerett, og er langt på vei kodifisert av Folkerettskommisjonens utkast til regler om statsansvar fra 2001. (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two).

290 Ulfstein, Geir & Ruud, Morten, Innføring i folkerett, 4. utg., Universitetsforlaget, s. 304.

291 Norway - Central Government Entities - Annex 1, Norway - Sub-Central Government Entities - Annex 2 og Norway - Other Entities - Annex 3. Listene finnes digitalt på WTOs e-GPA portal: <https://e-gpa.wto.org/> Dette innebærer at også foretak som driver forsyningsvirksomhet basert på enerett eller særrett, vil være omfattet.

292 Listene finnes digitalt på WTOs e-GPA portal: <https://e-gpa.wto.org/>

293 Se, i relasjon til GATT, ibid, s. 395.

294 Se i relasjon til GATT, ibid, s. 396 og i relasjon til GATS, s. 344.

295 Se i relasjon til GATT, Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, The Law and Policy of the World Trade Organisation, 3. utg, 2013, s. 319-320 og s. 353. Forfatterne ser ut til å forutsette at prinsippet gjelder også for offentlige anskaffelser, men drøfter ikke problemstillingen i detalj, jf. s. 510.

296 Japan - Alcoholic beverages (AB-1996-2) s. 27. Spørsmålet var her hva som skulle til for at produkter må sies ikke å være likt skattlagt ("not similarly taxed"), jf. GATT art. III(2).

297 "Adverse effect on the level of imports".

298 Ibid, med henvisning til panelsakens avsnitt 6.33.

299 Se for eksempel GATT art. I(1).

enkel å vurdere i den enkelte anskaffelse, er det mer uklart hvilke aktører som er i samme situasjon når myndighetene innfører en generell regel som skal gjelde for alle offentlige anskaffelser.

Det har i denne sammenheng lenge vært uklart om WTO-regelverket åpner for å ta hensyn til at noen produkter er mindre miljøvennlige enn andre ved vurderingen av om produkter er like eller ikke.³⁰⁰ At GPA-avtalen ikke har noe likhetskriterium kan bety at staten har et større handlingsrom til å gjøre forskjell mellom miljøvennlige og ikke miljøvennlige produkter her enn det som er tilfelle under andre avtaler. En slik tolkning støttes også av GPA-avtalens regler om tekniske standarder. Art. X(6) sier eksplisitt at stater kan sette miljøkrav til tekniske spesifikasjoner. Definisjonen av tekniske spesifikasjoner art. 2 u) omfatter produksjonsmetoder. GPA-avtalens system synes således å forutsette at stater har et handlingsrom til å skille mellom produkter som er produsert på en miljøvennlig måte, og produkter som ikke er det.

Selv om GPA-avtalen åpner for å skille mellom produkter som er produsert på en miljøvennlig måte og produkter som ikke er det, er det ikke dermed sagt at palmeoljeforbudet ikke gir bedre behandling til noen aktører. Avhengig av det relevante hensynet staten påberoper seg som begrunnelse for et palmeoljeforbud, kan det tenkes at forbudet utelukker produsenter som har like miljøvennlige produksjonsmetoder som produsenter som ikke rammes av forbudet. Dersom to aktører er i samme situasjon med hensyn til utslipp i produksjonsprosessen, men behandles annerledes, vil de to aktørene sannsynligvis anses å være i samme situasjon.

Innføring av et palmeoljeforbud vil gjøre det umulig for produsenter av biodrivstoff som inneholder palmeolje å konkurrere i Norge i offentlige anbudskonkurranser med produsenter av biodrivstoff uten palmeolje. Avhengig av om denne forskjellsbehandlingen vil tilgodese norske biodrivstoffprodusenter eller biodrivstoffprodusenter fra andre GPA-land, vil enten bestemmelsen om nasjonal behandling eller bestevilkårsbehandling derfor være brutt. Likebehandlingen vil ikke skje umiddelbart og ubetinget ("immediately and unconditionally").³⁰¹ Forutsatt at forbudet rammer aktører i en sammen-

lignbar situasjon, vil et palmeoljeforbud dermed utgjøre ulovlig diskriminering for de sektorer og over det beløp som omfattes av GPA-avtalen, med mindre Norge kan godtgjøre at tiltaket vil falle innunder unntaksbestemmelsene.

3.2.4 Når kan ulovlig diskriminering forsvares?

3.2.4.1 Generelle unntaksbestemmelser

Diskriminering som i utgangspunktet er ulovlig etter GPA artikkel IV, vil likevel være lovlig dersom tiltaket faller inn under et av avtalens unntaksregler. Den generelle unntaksregelen i GPA-avtalen står i artikkel III (2):³⁰²

"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures:

- a) necessary to protect public morals, order or safety;*
- b) necessary to protect human, animal or plant life or health;*
- c) necessary to protect intellectual property; or*
- d) relating to goods or services of persons with disabilities, philanthropic institutions or prison labour."*

I praksis er det tre sentrale vilkår som må være oppfylt for at unntaksregelen skal komme til anvendelse. For det første må det ulovlige tiltaket forfølge et formål som omfattes av ordlyden (kapittel 3.2.4.2). For det andre må tiltaket være nødvendig for å forfølge et av formålene i bokstav a–d (kapittel 3.2.4.3).³⁰³ For det tredje må tiltaket verken anvendes på en måte som utgjør diskriminering mellom land der de samme vilkårene gjør seg gjeldende, eller utgjøre en skjult handelshindring (kapittel 3.2.4.4).

Vi understreker at WTOs tvisteløsningsorganer (på samme måte som EU) i utgangspunktet ikke overprøver statens valg av ambisjonsnivå eller beskyttelsesnivå, men i stedet fokuserer på om virkemidlene for å nå beskyttelsesmålet er egnet,

300 Cosbey og Mavroidis oppsummerte rettstilstanden om like produkter slik: "In short: we have no idea where we stand". Cosbey, Aaron & Mavroidis, Petros C, Heavy Fuel: Trade and Environment in the GATT/WTO Case Law, Review of European Community & International Environmental Law, s. 296. Se også Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, et al, Environment and Trade : A Guide to WTO Jurisprudence, (2005), kapittel 1 for en nærmere problematisering av like produkter og miljøspørsmål.

301 Under GPA må saksøker ikke godtgjøre at det er snakk om like produkter, bevisbyrden er snudd slik at det er det saksøkte landet som må godtgjøre at "omstendighetene" ikke er like. I praksis vil det derfor være vanskelig å si om vurderingen av om lik behandling har vært umiddelbar og uten vilkår vil være lik i GPA som under andre WTO-avtaler.

302 I tillegg har GPA-avtalen et sikkerhetsunntak i artikkel III (1) som gjelder utlevering av informasjon blant annet ved innkjøp av våpen og lignende. Dette unntaket har et snevert anvendelsesområde, og vil ikke omtales i større detalj i det videre.

303 Se i relasjon til GATT, Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, The Law and Policy of the World Trade Organization, 3. utg. 2013, s. 552.

nødvendig og ikke-proteksjonistiske.³⁰⁴ Det er således opp til norske myndigheter å bestemme om ambisjonen er at biodrivstoff ikke skal ha negative konsekvenser for miljøet i det hele tatt, eller kun til en viss grad. Forutsetningen må være at dette ambisjonsnivået kan dokumenteres av myndighetene. Dersom staten ønsker å legge seg på et absolutt forbud bør det uttalte formålet være deretter. Dersom ambisjonen for eksempel kun er at det offentlige skal redusere andel biodrivstoff med palmeolje, vil det være vanskelig å rettfærdiggjøre innføringen av et tiltak som eliminerer bruk av palmeolje.

3.2.4.2 Relevante formål

Bestemmelsen angir ulike relevante formål som en stat kan påberope seg for å rettfærdiggjøre et tiltak. Bokstav b) gjelder “menneske-, dyre- eller planteliv og -helse”, og er den aktuelle kategorien staten kan påberope seg for å rettfærdiggjøre et palmeoljeforbud. Praksis fra WTOs tvisteløsningsorgan tilsier at staten har et skjønn med hensyn til hvilket hensyn den påberoper seg, så lenge staten kan godtgjøre at det aktuelle tiltaket har en struktur og et formål som faller inn under denne kategorien.³⁰⁵ Samtidig har ankeorganet uttalt at “miljø” alene ikke nødvendigvis faller under bokstav b). Det må påvises at tiltaket er relatert til dyreliv, planteliv, dyrehelse eller plantehelse.³⁰⁶ Et eventuelt palmeoljeforbud bør derfor ha en utforming og en begrunnelse som tydeliggjør konkret hvilke miljømessige formål det ønsker å ivareta. Avtaleteksten forutsetter at miljøhensyn er relevant, jf. GPA-avtalens art. X(6), som er nærmere belyst i punkt 3.2.5.

Et usikkerhetsmoment i vurderingen av tiltakets begrunnelse, er om formålet staten ønsker å oppnå må gjelde statens eget territorium eller om det kan være ekstraterritorielt. Ordlyden i artikkel III har ikke selv en slik begrensning, men spørsmålet har vært oppe i randsonen av ulike tidligere tvister, og må sies å være uavklart.³⁰⁷

I saken EC–Tariff preferences³⁰⁸ uttalte WTOs tvisteløsningsorgan at det aktuelle tiltaket, som gikk ut på å gi tollfordeler til utviklingsland som igangsatte et sett med tiltak for å hindre utbredelsen av narkotika, ikke hadde som formål å beskytte menneskeliv eller helse innenfor EF-området selv,

og derfor ikke kunne sies å falle inn under GATTs unntaksbestemmelse.³⁰⁹ I US–Shrimp tok ankeorganet ikke direkte stilling til spørsmålet om en slik ‘jurisdiksjonsbegrensning’ finnes, men konstaterte at det i den aktuelle saken forelå tilstrekkelig årsakssammenheng mellom formålet USA påberopte seg og den aktuelle unntaksbestemmelsen.³¹⁰ Et palmeoljeforbud som vil ha som formål å redusere klimagassutslipp vil ta sikte på å redusere en effekt med globale konsekvenser. Selv om selve palmeoljeproduksjonen skjer utenfor Norge, vil utslipp også i andre land ramme både Norge og resten av verden i form av økte klimagassutslipp. I det aktuelle tilfellet vil palmeoljeforbudet derfor mest sannsynlig sies å ha effekter også i Norge, uavhengig av hvilken av de to standardene WTOs tvisteløsningsorgan skulle benytte seg av.

Internasjonale miljørettslige standarder fremhever at miljøtiltak har et utviklingsaspekt. Rio-erklæringen om miljø og utvikling fra 1992 anbefaler at et land bør unngå ensidig å foreta handlinger som tar sikte på å adressere miljøutfordringer utenfor egen jurisdiksjon.³¹¹ Paris-avtalen fra 2015 fremhever viktigheten av at behovene til utviklingsland blir ivaretatt når klimatiltak iverksettes.³¹² Slike bestemmelser kan tale for at palmeoljeforbudet vil være underlagt en strengere vurdering dersom det rammer et utviklingsland i vurderingen av om ekstraterritorielle tiltak er tillatt. Siden spørsmålet ikke har vært behandlet av WTOs tvisteløsningsorgan er det imidlertid ikke avklart om dette er tilfelle.

Etter vår vurdering må det legges til grunn at tiltak som virker og finner sin begrunnelse også utenfor statens eget territorium, vil kunne forfølge et relevant formål. Vi viser til at praksis fra WTOs tvisteløsningsorgan hensyntar klima og miljø. Samtidig vil regjeringen ha god dokumentasjon på at globale klimautfordringer også rammer lokalt.

3.2.4.3 Nødvendig

Artikkel III (2) b) krever at tiltaket må være nødvendig for å oppfylle formålet staten påberoper seg. En naturlig språklig forståelse av ordet nødvendig tilsier at det stilles krav til en viss årsakssammenheng mellom tiltaket og det påberopte formålet.

304 European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (DS135) (2001). I denne saken hadde Frankrike forbudt bruk og import av asbest, og begrunnet forbudet med at de ønsket å eliminere asbest-relaterte helseplager. Canada anførte at Frankrike istedenfor å forby asbest kunne tillate kontrollert bruk av asbest. WTOs ankeorgan avviste dette, og viste til at dette ville eliminere beskyttelsesnivået Frankrike ønsket (se premiss 174).

305 Se i relasjon til GATT, Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3. utg, 2013, s. 554.

306 Ibid s. 555, med referanse til Brazil – Retreated Tyres (DS332), *Panelists rapport* (2007) avsnitt 7.46.

307 Se også, i relasjon til GATT art. XX, ibid s. 551.

308 European Communities – Conditions for the Granting of Tariff preferences to Developing Countries (DS246) (2004).

309 Avsnitt VII.739.

310 US–Shrimp avsnitt 133.

311 Rio-erklæringen om miljø og utvikling (1992) prinsipp 12.

312 Se Paris-avtalens forale avsnitt 6–11.

WTOs tvisteløsningsorgan har tolket nødvendighetsvilkåret på en fleksibel måte ved flere anledninger.³¹³ Staten har en frihet til å bestemme hvilke tiltak den ønsker å forfølge for å oppnå et spesielt mål, såfremt det kan vises til en viss grad av årsakssammenheng mellom mål og middel.³¹⁴

WTOs ankeorgan uttalte i Korea–Beef³¹⁵ at “nødvendig” ikke var begrenset til uunngåelige eller absolutt nødvendige tiltak, men at slike tiltak alltid ville falle under ordlyden.³¹⁶ For alle andre tiltak måtte det gjøres en interesseavveining mellom ulike hensyn, blant annet hvor viktige interesser det er snakk om å beskytte, i hvilken grad tiltaket bidro til å realisere det aktuelle formålet og effekten tiltaket har på internasjonal handel.³¹⁷ Denne interesseavveiningen er en del av en større vurdering av om det foreligger andre tiltak det er rimelig å be staten benytte istedenfor, og som har mindre handelsbegrensende virkning.³¹⁸

I Brazil–Retreaded tyres³¹⁹ fremhevet ankeorganet at det aktuelle tiltaket må utgjøre et substansielt bidrag (“material contribution”) til det aktuelle målet som oppnås.³²⁰ Et viktig moment er derfor om landet som ønsker saken prøvd kan identifisere alternativer til palmeoljeforbudet som vil ivareta formålet bak på en like god måte. Dette vil for det første bero på hvilken begrunnelse staten har for palmeoljeforbudet, og for det andre på hvordan dette forbudet dokumenteres.

For å oppfylle vilkårene i GPA art. III (2) bør norske myndigheter altså være forberedt på å måtte redegjøre for hvorfor det ikke foreligger alternativer som kan ivareta formålet bak et palmeoljeforbud på en tilfredsstillende måte (se 2.3.6.3 over). I dette ligger det ikke krav om at det må være vitenskapelig konsensus bak tiltakene, men staten må kunne vise til kilder med en tilstrekkelig tyngde.³²¹ Det er på denne bakgrunn lite trolig at WTOs tvisteløsningsor-

gan vil gjøre en inngående overprøving av om palmeoljeforbudet er bedre eller dårligere egnet enn noe annet tiltak. I de tilfeller hvor det foreligger en vitenskapelig usikkerhet med hensyn til miljøskaden og miljørisikoen, vil føre var-prinsippet muligens også være relevant under WTO-reglene.³²² Hvor langt dette prinsippet kan anføres i WTO-sammenheng, er imidlertid ikke avklart.³²³ De gangene prinsippet har vært prøvd i WTO, har relatert seg til avtalen om veterinære og plantasemitære tiltak (SPS-avtalen), hvor prinsippet er eksplisitt inntatt i avtaleteksten.

I EC-Hormones hadde EU for eksempel påberopt seg føre var-prinsippet som begrunnelse for at de forbød import av hormonbehandlet kjøtt.³²⁴ Ankeorganet tok her ikke stilling til EUs anførsel om at prinsippet måtte anses å være folkerettslig sedvanerett, men antydte uten å ta noe standpunkt at prinsippet kunne tenkes å være sedvanerettslig miljørett, men nøyde seg med å tolke prinsippet slik det var nedfelt i SPS-avtalen.³²⁵ EC-Hormones er en 18 år gammel sak. Dersom tvisteløsningsorganet hadde vært tvunget til det, kan det ikke utelukkes at de ville gjort en annen vurdering av om føre var-prinsippet har utviklet seg til å bli folkerettslig sedvanerett – eller i det minste sedvanerettslig miljørett – siden den gang. GPA-avtalen har i art. X(6) en mer eksplisitt referanse til miljøhensyn enn det andre avtaler har. Gode grunner kan derfor tale for at statene også har forutsatt at det skal være en videre adgang til å ivareta miljøhensyn her enn i andre avtaler. I så fall vil en stat lettere kunne påberope seg føre var-prinsippet når den aktuelle miljøskaden er umulig å måle på andre måter enn for eksempel modellering. Dersom regjeringen bestemmer seg for å begrunne et palmeoljeforbud i at en ønsker å unngå ILUC-effekter, kan slike argumenter for eksempel være relevante.

Vi mener etter dette at det vil være mulig å argumentere for at et palmeoljeforbud er nødvendig. Som

313 Davies, Arwel, *The national treatment and exceptions provisions of the Agreement on Government Procurement and the pursuit of horizontal policies*, Cambridge University Press, s. 440-441.

314 Ibid.

315 Korea–Various Measures on Beef (DS161) (2000). Saken gjaldt et tiltak under GATT art. XX bokstav d).

316 Ibid avsnitt 161.

317 Ibid avsnitt 164.

318 Ibid avsnitt 166.

319 Brazil–Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (DS332) (2009).

320 Denne standarden har også blitt gjentatt ved andre anledninger. Se i relasjon til GATT, Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organisation*, 3. utg, 2013, s. 559.

321 European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (DS135) (2001) avsnitt 178.

322 Se blant annet drøftelsen i NOU 2000: 29, GMO-mat— Helsemessige konsekvenser ved bruk av genmodifiserte næringsmidler og næringsmiddelingsredienser, kap. 6 om føre-var prinsippet på næringsmiddelområdet.

323 I sin ordliste forutsetter WTO at føre var-prinsippet er relevant “i noen utstrekning”. Ordlisten har ikke i seg selv en rettskildemessig betydning, men er ment å forklare generelle prinsipper og begreper i WTO-retten, og forutsettes således å være basert på gjeldende rett. WTO. org, Glossary, precautionary principle (besøkt 30. november 2017): https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/glossary_e.htm Se også NILF-rapport 2002-4, Risikohåndtering og føre var i internasjonal rett – en sammenlikning av miljø- og matvareområdet (besøkt 30. november 2017): http://nilf.no/publikasjoner/Rapporter/2002/Risikohandtering_og_fore_var_i_internasjonal_rett-En_sammenlikning_av_miljo-_og_matvareområdet-Innhold

324 European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (DS26) (1999).

325 Ibid, avsnitt 123 flg.

beskrevet i punkt 2.3.6.2 over, foreligger det ikke andre alternativer som vil oppnå samme beskyttelsesnivå. Samtidig vil et forbud mot offentlig innkjøp av palmeolje være et mindre inngripende tiltak enn et generelt og absolutt importforbud.

3.2.4.4 Ikke-diskriminerende og ikke-proteksjonistisk anvendelse

Dersom et tiltak oppfylles vilkårene i GPA art. III (2) b), må staten vise at det aktuelle tiltaket ikke anvendes på en måte som utgjør vilkårlig eller uforsvarlig diskriminering mellom ellers like tilfeller (*“arbitrary or unjustifiable discrimination (...) where the same conditions prevail”*) eller utgjør en skjult handelshindring (*“disguised restriction on international trade”*). Formålet bak dette kravet er å sikre at unntaksbestemmelsen ikke blir misbrukt til å innføre skjulte proteksjonistiske tiltak.³²⁶

I US–Shrimp uttalte WTOs ankeorgan at tre elementer måtte være til stede for at det skal være snakk om vilkårlig eller uforsvarlig diskriminering mellom ellers like omstendigheter. For det første må anvendelsen av tiltaket resultere i diskriminering. For det andre må diskrimineringen ha en karakter av å være vilkårlig eller uforsvarlig. For det tredje må diskrimineringen skje mellom land i samme situasjon.³²⁷ Hva gjelder vilkåret om “skjult handelshindring”, har WTO-ankeorganet uttalt at vilkåret er nært knyttet opp mot vilkårlig og uforsvarlig diskriminering, og at dersom et tiltak vil anses å falle under ett av vilkårene, vil det mest sannsynlig også falle under det andre.³²⁸

På samme måte som i Shrimp-saken, vil et palmeoljeforbud i praksis kunne føre til en forskjellsbehandling ved at produsenter fra land som produserer biodrivstoff med palmeolje behandles annerledes enn produsenter fra land som ikke produserer biodrivstoff med palmeolje. Spørsmålet er om denne forskjellsbehandlingen har en “vilka-rlig” eller “uforsvarlig” virkning, typisk fordi ulike tilfeller behandles likt.

Det legges ikke opp til noen sertifiseringsordning eller lignende som kan tillate noen typer palmeolje. Et risikomoment er derfor at et absolutt forbud rammer biodrivstoff som inneholder miljøvennlig produsert palmeolje. Det kan også tenkes at det finnes produkter fra andre kilder enn palmeolje som benyttes i biodrivstoff, og har like skadelige eller mer

skadelige effekter på miljøet enn palmeolje. Hvis det ikke settes inn noe regelverk som rammer andre like skadelige stoffer som brukes i biodrivstoff, kan dette tale for at tiltaket er vilkårlig eller uforsvarlig, og derfor ikke vil være tillatt. Hvorvidt forbudet rammer på en slik måte, er til syvende og sist en naturvitenskapelig vurdering. Siden det er svært lite praksis i WTOs tvisteløsningsorgan knyttet til GPA, er det uklart hvor inngående prøvingen av statens vurderinger vil være når staten innfører tiltak som gjelder offentlige anskaffelser. Som nevnt over, inneholder ikke GPA-avtalen alltid de samme vilkårene som GATT, TBT-avtalen og andre avtaler har. I tillegg regulerer GPA-avtalen staten i rollen som innkjøper, en rolle der statens funksjon som suveren aktør er enda mer fremtredende enn ved regulering av tollspørsmål og lignende. Dette kan tilsi at tvisteløsningsorganet vil gi staten et noe større handlingsrom i GPA enn i andre WTO-avtaler.

Utover utgangspunktet i US – Shrimp har verken ordlyden eller praksis fra WTOs ankeorgan utkrys-tallisert noen klare kriterier for når et tiltak anses å være vilkårlig eller uforsvarlig diskriminering mellom ellers like omstendigheter.

Et palmeoljeforbud vil også på vesentlige punkter skille seg fra US – Shrimp-avgjørelsen. For det første gjaldt US – Shrimp-saken et absolutt forbud, mens et palmeoljeforbud vil være begrenset til offentlige innkjøp og derved ikke stenge markedsadgan-gen for utenlandske produsenter av palmeolje.³²⁹

For det annet hadde tiltaket i US – Shrimp-saken i større grad ekstraterritorielle virkninger som gikk lengre enn hva en begrensning i offentlige innkjøp vil gjøre. I den aktuelle saken påpekte WTOs ankeor-gan at USA hadde innført et system som ikke åpnet for at et lands reguleringer kunne tilpasses lokale forhold.³³⁰ Ankeorganet la i den forbindelse vekt på at tiltaket tvang andre lands myndigheter til å imple-mentere akkurat samme regime som USA.³³¹

For det tredje fremhevet WTOs ankeorgan i US–Shrimp-saken dessuten at spørsmålet om diskrimi-nering inneholdt et krav om “due process”. I den aktuelle saken hadde ikke landene USA ga eller ikke ga sertifisering til noen rett til å bli hørt i prosen-sen, anke eller på andre måter gi innspill. De ble heller ikke informert om at de ble eller ikke ble sertifisert.³³² I andre saker har lignende, men ikke

326 US–Shrimp (AB Report) avsnitt 158. Se også i relasjon til GATT, Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organisation*, 3. utg, 2013, s. 573

327 Ibid avsnitt 150.

328 US–Gasoline (DS2) (AB Report)(1996) s. 25.

329 US–Shrimp avsnitt 165.

330 Ibid avsnitt 164.

331 Ibid avsnitt 161.

332 Ibid avsnitt 180.

identiske, forhold vært vektlagt.³³³ Dette kan Norge imøtekomme ved å vise at det er gjort en innsats for å komme til en bilateral eller multilateral løsning gjennom forhandlinger med andre land. Samtidig kan Norge vise til EUs miljøpolitikk, og den avveining mellom handel og miljø som er gjort av EU-domstolen under EØS art. 13 og som gir et handlingsrom, jf. kapittel 2.3.6.3 over.³³⁴

For det fjerde var det i US – Shrimp tale om et pålegg om å bruke en bestemt type garn for rekefangst, mens det for palmeoljeforbudets vedkommende er tale om å utelate en bestemt råvare/biprodukt fra et bearbeidet produkt. Palmeoljeforbudet vil dermed kunne gi biodrivstoffprodusenter en større grad av fleksibilitet og mulighet til å tilpasse seg enn hva tilfellet var i US – Shrimp-saken.

Hvorvidt et palmeoljeforbud vil ha diskriminerende effekter i betydningen av GPA-avtalen, vil imidlertid i første rekke avhenge av en miljøfaglig vurdering. Dersom staten med tilstrekkelig tyngde kan dokumentere at palmeolje er miljøskadelig, vil dette gi et handlingsrom. Dersom staten videre kan dokumentere at det er gjort forsøk på å finne bilaterale eller multilaterale løsninger før et palmeoljeforbud settes i kraft, vil dette øke handlingsrommet. Endelig bør regjeringen søke å dokumentere at det ikke finnes andre råvarer i biodrivstoffproduksjonen som er like eller mer skadelige, og/eller palmeoljebasert biodrivstoff som ikke er skadelig. Dokumentasjonskravet vil som nevnt måtte tilpasses før var-prinsippet og utgangspunktet om at staten har en viss fleksibilitet i valg av beskyttelsesnivå. Vi viser ellers til hva som er sagt ovenfor under 2.3 om forbudets begrunnelse og forankring i miljøhensyn, og i 2.6 om bevisbyrde og dokumentasjon i relasjon til EØS-rettsens regler om fri bevegelighet.

Vår vurdering er på denne bakgrunn at et palmeoljeforbud i utgangspunktet kan falle inn under GPA-avtalens unntaksbestemmelse, og derfor være lovlig. Dersom et palmeoljeforbud enten utelukker miljøvennlige produsenter fra offentlige anskaffelser, eller tillater innkjøp av annet minst like skadelig biodrivstoff, vil derimot tiltaket neppe være lovlig, og staten bør søke å dokumentere at dette ikke er tilfelle, for eksempel gjennom en egen miljøfaglig vurdering eller basert på tilgjengelige internasjonale kilder.

3.2.5 Videre handlingsrom for tekniske miljøstandarder? – særlig om GPA art. X(6)

3.2.5.1 Innledning

GPA art. X har regler om tekniske standarder og dokumentasjonskrav. Sjettede ledd spesifiserer at en stat har adgang til å sette tekniske krav som skal fremme konservering av naturressurser og beskytte miljøet. Hvilken betydning denne bestemmelsen har på Norges handlingsrom er uavklart.

Bestemmelsen kommer til anvendelse ved innføringen av et palmeoljeforbud. En regel om ikke å benytte seg av biodrivstoff som inneholder palmeolje eller biprodukter av palmeolje vil nemlig være en teknisk standard i henhold til definisjonen av teknisk standard i GPA art. I u).

Hvorvidt bestemmelsen gir Norge et større handlingsrom under GPA-avtalen, kommer an på om bestemmelsen vil tolkes som en spesifisering av hvordan avtalen skal tolkes for øvrig, eller om bestemmelsen er en selvstendig unntaksbestemmelse som gjelder lex specialis eller parallelt med de generelle unntaksbestemmelsene. Siden spørsmålet ikke har vært oppe før er svaret på dette spørsmålet uklart. Vår vurdering er at førstnevnte tolkning er mest nærliggende – dette harmonerer best med avtalens ordlyd og oppbygning. Ettersom spørsmålet er såpass uavklart går vi likevel igjennom begge scenarier nedenfor.

3.2.5.2 GPA art. X(6) som tolkningsbestemmelse

Dersom bestemmelsen vil anses som en tolkningsbestemmelse, vil ikke art. X(6) gi Norge noe større handlingsrom enn GPA-regelverkets diskriminerings- og unntaksregler slik disse er beskrevet over. Vi tror dette er tilfelle.

Bestemmelsen selv presiserer at den er der *“for greater certainty”*.³³⁵ Forhandlerne bak avtalen synes altså å forutsette at miljø allerede vil være omfattet av avtalens øvrige bestemmelser. At miljø er relevant er allerede forutsatt i WTOS rettspraksis. Dersom bestemmelsen er en tolkningsbestemmelse synes den derfor ikke å gjøre annet enn å konstatere at denne rettspraksisen gjelder også for GPA-avtalen.

GPA-avtalens generelle unntaksbestemmelse gjelder for hele GPA-avtalen.³³⁶ Det ville den neppe ha gjort dersom art. X(6) var ment å være en separat unntaksregel.

333 Se blant annet Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (DS332) (2007) og European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (DS246) (2004). I førstnevnte sak la ankeorganet blant annet vekt på formålet bak det aktuelle tiltaket, mens et viktig element i sistnevnte sak var at land med like behov ble behandlet ulikt.

334 Et sentralt formål med WTO og WTOS tvisteløsning er å sikre et multilateralt system for tvisteløsning istedenfor et system der stater unilateralt håndhever bestemmelser overfor andre land. Dette er en viktig grunn til at WTOS ankeorgan slo hardt ned på USAs tiltak i US – Shrimp-saken, se US – Shrimp avsnitt 161 og 172. Se også Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, The Law and Policy of the World Trade Organization, 3. utg, 2013, s. 578.

335 GPA art. X(6).

336 GPA art. III bruker formuleringen *“nothing in this Agreement”*.

Avtalens ordlyd og system synes således å forutsette at bestemmelsen er en tolkningsregel som stadfester gjeldende rett. Etter vår vurdering vil den derfor ikke gi Norge et utvidet handlingsrom til å innføre et palmeoljeforbud.

3.2.5.3 GPA art. X(6) som en separat unntaksbestemmelse

Et alternativ er at art. X(6) anses å være en egen unntaksbestemmelse som gjelder for tekniske standarder. Dersom dette er tilfelle, vil det være lettere for Norge å rettferdiggjøre et palmeoljeforbud.

For at art. X(6) skal ha noen merverdi som en unntaksbestemmelse, må den gjelde istedenfor, og ikke samtidig med den generelle unntaksbestemmelsen i GPA art. III. Det vil være lite til hjelp å ha en unntaksbestemmelse som gir staten større handlingsrom dersom de samme reglene som ellers fortsatt skulle gjelde ved siden av.

Dersom bestemmelsen tolkes som en unntaksregel, vil Norge ha et større handlingsrom enn under de generelle unntaksreglene.

For det første stiller ikke art. X(6) krav om at tiltak som skal forfølge miljøhensyn må være “nødvendige” for å oppnå formålet staten påberoper seg. Staten må dermed kun vise at det uttalte formålet med palmeoljeforbudet er å ivareta miljøhensyn, det vil mest sannsynlig ikke kreves at staten påviser at det er noen sammenheng mellom tiltaket og målet, eller at målet kunne vært oppnådd med mindre inngripende midler.

Artikkel X(6) krever at tekniske standarder utformes på en måte som oppfyller alle andre relevante vilkår i art. X. Dette innebærer blant annet at ingen kvalifikasjonskrav må skape unødvendige handelshindre³³⁷ eller kreve at en vare eller tjeneste har en viss opprinnelse.³³⁸ Annet ledd sier dessuten at kravene til et produkt skal knytte seg til produktets yteevne og egenskaper, og så langt det er mulig, være basert på internasjonale standarder.

Disse kravene vil for det første kunne reise spørsmål om et palmeoljeforbud i praksis kun er knyttet til biodrivstoff med en spesifikk opprinnelse. Bestemmelsen vil trolig tolkes slik at også krav som er formulert opprinnelsesnøytralt, men kun kan oppfylles av aktører med en spesifikk opprinnelse, vil være forbudt.

Hva som ligger i kravet om at tekniske standarder ikke må medføre unødvendige handelshindre, er ikke uten videre klart. Lignende formuleringer i WTO-regelverkets unntaksbestemmelser gir anvis-

ninger på at et tiltak ikke må ha en effekt som i praksis gjør at det er diskriminerende. Vi viser her til punkt (3.2.4).

Vår vurdering er at et palmeoljeforbud ikke vil være i strid med forbudet mot tekniske standarder som krever en “spesifikk opprinnelse” etter GPA art. X(4). Palmeoljetrær kan kun vokse i et belte 10 % over og under ekvator, og dyrkes i praksis hovedsakelig i Sørøst-Asia.³³⁹ Spørsmålet blir om eksklusjon av produsenter fra dette området må sies å sette krav til en spesifikk opprinnelse. Vår vurdering er at dette ikke er tilfellet. Uttrykket “spesifikk opprinnelse” tyder på at det må være snakk om et område som er tydeligere og snevrere avgrenset enn som så. Dessuten kan produksjon av produktet selv – nemlig biodrivstoff – i prinsippet skje overalt i verden.

Videre vil det trolig være uproblematisk at palmeoljeforbudet ikke oppfyller kravene som vanligvis skal være oppfylt i GPA art. X(2). Annet ledd krever at tekniske standarder skal oppfylle visse krav når dette er nødvendig (“appropriate”).

For det første skal tekniske reguleringer være knyttet til produktets yteevne eller egenskaper, og ikke design eller deskriptive karakteristikk. Et palmeoljeforbud er ikke relatert til yteevne eller egenskaper, men hvilke ingredienser biodrivstoffet er basert på. Norge vil imidlertid kunne argumentere for at dette er nødvendig, fordi krav til produksjonsmetodene vil være egnet til å forebygge de negative miljøeffektene. Hvor stort handlingsrom Norge vil ha i denne sammenhengen er imidlertid vanskelig å si før en sak reises, fordi dette vil bero på hvor inngående WTOS tvisteløsningsorgan overprøver Norges vurderinger. Et tryggere alternativ ville muligens være å stille krav til ønskede egenskaper til produktet, for eksempel at produktet ikke bidrar til ILUC-effekter. I tilfeller som er såpass vanskelig å måle som ILUC-effekter vil det imidlertid være vanskelig å stille slike krav i praksis. Dette taler for at et palmeoljeforbud vil være et alternativ som er lettere å håndheve.

For det andre krever art. X(2) at tekniske standarder som hovedregel skal være basert på internasjonale standarder. Et palmeoljeforbud som også rammer produkter som blant annet oppfyller EUs bærekraftkriterier vil ikke nødvendigvis anses å være basert på internasjonale standarder. Dersom begrunnelsen for palmeoljeforbudet er ILUC-effekter eller andre faktorer bærekraftkriteriene ikke tar høyde for, vil Norge imidlertid kunne hevde at det i dette tilfellet vil være nødvendig ikke å basere seg på internasjon-

337 GPA art. X(1).

338 GPA art. (x)4.

339 Commodity basis, Palm Oil Prices, https://www.commoditybasis.com/palmoil_prices (besøkt 28. november 2017).

ale standarder fordi slike standarder for å ivareta slike effekter ikke finnes.

Til syvende og sist er det opp til tvisteløsningsorganet å avgjøre om art. X(6) er en egen unntaksbestemmelse, og hvor stort handlingsrom statene har under denne. Den manglende praksisen kan gi Norge rom for å hevde at statene skal ha større handlefrihet når det kommer til tekniske reguleringer i offentlige anskaffelser. Dersom bestemmelsen anses å være en unntaksbestemmelse, er vår vurdering at staten har større handlefrihet enn under de generelle unntaksbestemmelsene. Dette taler for at det vil være lettere å godtgjøre at palmeoljeforbudet er lovlig.

Samtidig vil handlingsrommet ikke gi staten mulighet til å sette hvilke tekniske regler som helst, så lenge disse er begrunnet i miljøhensyn. Dersom det viser seg at et palmeoljeforbud i praksis vil ha direkte og klart diskriminerende virkning fordi det kun rammer noen, men ikke alle, biodrivstoffprodusenter som baserer seg på miljøskadelige produkter, er det mer usikkert om tiltaket vil være lovlig kun på grunn av art. X(6). Det er imidlertid mulig at bestemmelsen i grensetilfeller gir statene et noe større handlingsrom enn ellers.

3.2.6 Forholdet til andre WTO-avtaler: GATT, TBT og SCM

Vi skal her kort vurdere om andre WTO-regelverk utover GPA-avtalen kan komme til anvendelse ved vurderingen av et palmeoljeforbud.

Generalavtalen for handel med varer (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT)³⁴⁰ og avtalen om tekniske handelshindre (Agreement on Technical Barriers to Trade – TBT-avtalen)³⁴¹ kommer i utgangspunktet ikke til anvendelse for tiltak som gjelder offentlige anskaffelser.³⁴² I GATT gjelder unntaket for alle lover, reguleringer eller krav vedrørende anskaffelser fra statlige myndigheter (“governmental agencies”). Palmeoljeforbudet vil således ikke omfattes av GATT uavhengig av om det utformes som en forskrift eller som et krav i den enkelte anskaffelse. Unntaket i TBT-avtalen relaterer seg til “kjøpsspesifikasjoner” (“purchasing specifications”) som det offentlige har satt for innkjøp og forbruk av offentlige organer. Art. 1.4 spesifiserer

at slike krav faller inn under GPA-avtalen. Selv om unntaket i TBT-avtalen er mindre generelt utformet enn unntaket i GATT, synes avtalen å forutsette at TBT- og GPA-avtalen ikke skal komme til anvendelse på samme forhold.³⁴³

Unntaket for offentlige anskaffelser gjelder imidlertid ikke dersom varene som anskaffes er gjenstand for kommersielt videresalg etter at det er kjøpt inn. Dersom staten kjøper inn biodrivstoff med formål om å videreselge på det åpne markedet, vil altså disse regelverkene komme til anvendelse. Vurderingene gjort over av om det foreligger en diskriminering og hvorvidt denne lovlig kan begrunnes under GPA-avtalen, hviler i stor grad på GATT-praksis og gjør seg dermed i det vesentlige tilsvarende gjeldende her. Avtalen om subsidier og utjevningstiltak (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, heretter benevnt “SCM-avtalen”) kommer til anvendelse når staten gir finansielle bidrag eller fordeler til et selskap eller en industri gjennom å kjøpe varer.³⁴⁴ Avtalen kommer ikke til anvendelse for bidrag som gis på bakgrunn av objektive vilkår som kan oppfylles automatisk, og som har hjemmel i lov eller annet verifiserbart offentlig dokument.³⁴⁵ Hvorvidt det er snakk om objektive vilkår og ikke spesifikke fordeler beror på en konkret vurdering av om tiltaket gjør at noen selskaper eller industrier utvetydig utelukkes fra å motta fordelene, og at dette ikke bare er implisitt.³⁴⁶ Det avgjørende vil til syvende og sist være om en gruppe fra en bestemt produsent, industri eller region vil nyte godt av fordelene – for eksempel norske eller europeiske produsenter, på bekostning av andre aktører i en sammenlignbar situasjon. Dersom et palmeoljeforbud utformes på en måte som gjør at staten i praksis kun kan kjøpe biodrivstoff fra et lite knippe produsenter, og ikke alle produsenter med palmeoljefritt biodrivstoff kan delta i anbudskonkurransene, vil SCM-avtalen i prinsippet komme til anvendelse. Hvis forbudet ikke har slike konsekvenser, vil avtalen ikke være aktuell.

Et annet spørsmål er om det faktum at avtalen rammes av GPA-avtalen vil påvirke om den kan rammes også av SCM-avtalen. Forholdet mellom GPA-avtalen og SCM-avtalen har aldri vært oppe i WTO-systemet. Det er derfor ikke klart om et tiltak som er lovlig etter GPA-avtalen samtidig kan stride mot SCM-avtalen eller om SCM-avtalen i praksis vil

340 Se spesielt GATT art. III som inneholder et generelt forbud mot å innføre avgifter, lover, reguleringer eller andre krav til utenlandske produkter som er mindre gunstige for utenlandske produkter enn norske.

341 Se spesielt TBT artikkel 2.1 som forbyr land fra å innføre tekniske standarder som er mindre gunstige for behandling av importerte produkter enn for norske.

342 GATT art. III (8) a) og TBT art. 1.4.

343 Et usikkerhetsmoment er her at GPA er en plurilateral avtale, og dermed har færre medlemsland enn TBT-avtalen. Det kan ikke utelukkes at avtalen vil tolkes utvidende dersom det skulle oppstå et grensetilfelle hvor et tiltak både er en teknisk regulering og har en side til anskaffelser. Dette vil imidlertid ikke være tilfelle hva gjelder palmeoljeforbudet – som kun knytter seg til offentlige anskaffelser. Se mer i Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3. utg, 2013, s. 861-862.

344 SCM art. 1.1.

345 SCM art. 2.1.

346 Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3. utg, 2013, s. 764-767.

komme til anvendelse på et tiltak som knytter seg til offentlige anskaffelser.

I motsetning til GATT, TBT-avtalen og GPA-avtalen, inneholder ikke SCM-avtalen noen generelle unntaksbestemmelser som sier at tiltak som ellers vil være ulovlig er tillatte dersom visse vilkår er oppfylt. Et spørsmål er om de generelle unntaksbestemmelsen i GATT art. XX vil komme til anvendelse i slike tilfeller. Dette er ikke avklart etter gjeldende rett.

I motsetning til GPA-avtalen, er alle WTOS medlemsland part i GATT, TBT-avtalen og SCM-avtalen. Det vil dermed være større risiko for at et palmeoljeforbud møter rettslig motstand i WTO dersom disse skulle komme til anvendelse. Et forbud som har som reelt formål å gjelde kun for offentlige anskaffelser – og ikke å videreselge produkter på det åpne markedet eller gi særfordeler til enkeltbedrifter – vil imidlertid neppe fanges opp av noen av disse avtalene.

3.2.7 Oppsummering

WTO-regelverket er etter vår vurdering ikke til hinder for at Norge innfører et palmeoljeforbud, under visse forutsetninger.

Få land er tilsluttet GPA-avtalen og viktige områder som transport- og postsektoren er unntatt fra avtalens virkeområde for Norges del, slik at GPA-avtalen som utgangspunkt har et noe begrenset anvendelsesområde. Det er derfor noen færre potensielle konfliktsituasjoner som vil fanges opp av GPA-avtalen sammenlignet med for eksempel EØS-avtalen. Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at selv om ingen av GPA-avtalens medlemsland skulle produsere palmeolje, utelukker ikke dette at de produserer biodrivstoff som inneholder palmeolje, og derfor vil rammes av avtalen. Regjeringen bør også vurdere om det også er sektorer som er omfattet av GPA-avtalen, eller kan bli det i fremtiden, hvor staten vil gjøre innkjøp av biodrivstoff.

Palmeoljeforbud vil i utgangspunktet bryte med GPA-avtalens diskrimineringsregler. For at forbudet likevel skal være tillatt, må forbudet derfor falle inn under GPA-avtalens unntaksregler. Dette innebærer at staten må godtgjøre at målet bak palmeolje ikke kan oppnås med mindre inngripende midler. For å rettfærdiggjøre et forbud mot innkjøp av biodriv-

stoff med palmeolje, bør staten derfor uttrykke et høyt miljøpolitisk ambisjonsnivå. Videre må staten godtgjøre at forbudet ikke fører til en vilkårlig diskriminering. Dette innebærer at alt biodrivstoff som rammes, må sies å ha den negative effekten en ønsker å forebygge. Dersom forbudet rammer like skadelige eller mer skadelige produkter i samme kategori, vil det være en usikkerhet knyttet til om tiltaket vil være tillatt. Hvorvidt tiltaket har slike virkninger, beror i første rekke på en miljøfaglig vurdering.

Dersom det skulle vise seg at et absolutt forbud vil ha diskriminerende virkning som beskrevet over, må staten innføre mekanismer som gjør at miljøvennlige aktører ikke blir rammet av forbudet. Dette kan for eksempel gjøres ved å innføre unntaksregler for produsenter som klarer å dokumentere at palmeoljen ikke har hatt negative effekter for miljøet.

3.3 Er EFTAs handelsavtaler (27+2) til hinder for et palmeoljeforbud?

3.3.1 Innledning

Norge er med i Det europeisk frihandelsforbund (EFTA), sammen med Island, Sveits og Liechtenstein. I tillegg til å koble Norge på det indre markedet via EØS-avtalen, fungerer EFTA som en plattform for å forhandle handelsavtaler med land utenfor EU. For tiden er alle Norges regionale handelsavtaler inngått gjennom EFTA, med unntak av to handelsavtaler med Færøylene og Grønland.³⁴⁷ Dette utgjør til sammen 29 avtaler med 40 land og territorier utenfor EU.³⁴⁸

Handelsavtalene Norge inngår gjennom EFTA supplerer Norges WTO-medlemskap.³⁴⁹ De fungerer således ikke som en erstatning eller et avvik fra WTO-regelverket. Innholdet i avtalene er derfor i det store og det hele bygget over samme lest som WTO-regelverket. Noen land EFTA har avtaler med har liberalisert sin økonomi siden de ble medlem i WTO, og har derfor kunnet forplikte seg i flere sektorer i frihandelsavtalen. Videre er elementer som bærekraftig utvikling innlemmet i flere av EFTAs avtaler. Dette skyldes nok at det har vært lettere å bli enig om en ordlyd bilateralt enn det det er i WTO.³⁵⁰

3.3.2 Bestemmelser om offentlige anskaffelser

Selv om alle EFTAs frihandelsavtaler har bestemmelser om offentlige anskaffelser, er det kun tolv som har bindende forpliktelser om dette.³⁵¹ Disse viser enten til WTOS GPA-avtale direkte, eller har svært

347 Norge har også frihandelsavtaler med Færøylene og Grønland. Disse er korte og gir ikke substansielle forpliktelser på hverken anskaffelser eller miljø.

348 Regjeringen.no, Om frihandelsavtaler: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/handel/nfd---innsiktsartikler/frihandelsavtaler/handelsavtaler/id438842/> Se også EFTA.int, Global trade relations: <http://www.efta.int/free-trade>

349 Ibid.

350 Manglende mulighet for WTO-reform løftes frem som en årsak til at EU forhandler regionale handelsavtaler, jf. Poletti, Arlo & Sicurelli, Daniela, The European Union, Preferential Trade Agreements, and the International Regulation of Sustainable Biofuels, JCMS 2016 Volume 54, Number 2, s. 249-266.

351 Dette er avtalene med Canada, Chile, Columbia, GCC, Georgia, Hong Kong, Mexico, Peru, de sentralamerikanske landene Costa Rica, Panama og Guatemala, Singapore, Sør-Korea og Ukraina.

sammenfallende struktur og innhold.³⁵² På samme måte som i GPA er Norge dermed forpliktet til å gi anbudsdeltakere fra avtalelandene samme behandling som anbudstakere fra GPA-land, land Norge har tilsvarende forpliktelser med gjennom EFTA og norske anbudstakere, med mindre noen av unntakene kommer til anvendelse. EFTA-avtalene har anvendelsesområde innenfor de samme sektorene og over de samme terskelverdiene som i GPA. Vi viser her til utredningens kapittel 3.2.2.

De resterende avtalene har i det store og det hele "myke" bestemmelser som ikke sier noe mer enn at partene synes temaet er viktig, og muligens kan bli gjenstand for konkrete forpliktelser i fremtiden.³⁵³

3.3.3 Bestemmelser om bærekraftig utvikling og miljø

Alle EFTAs avtaler utenom avtalen med Tyrkia har henvisninger til bærekraftig utvikling i sine fortaler. I tillegg har syv avtaler egne kapitler om handel og bærekraftig utvikling.³⁵⁴ Disse kapitlene har bestemmelser om at avtalen ikke skal benyttes til å senke miljøstandarter, og viser ellers til andre folkerettslige instrumenter som regulerer miljøspørsmål. Disse bestemmelsene er imidlertid ikke selv gjenstand for tvisteløsning,³⁵⁵ og må derfor anses først og fremst å være politiske signaler om at partene mener at miljø er viktig.

3.3.4 Sanksjoner og håndheving av EFTAs frihandelsavtaler

EFTAs frihandelsavtaler forutsetter at uenigheter om tolkning av avtalene først og fremst skal løses gjennom konsultasjoner.³⁵⁶ Flere avtaler inneholder også tvisteløsningsmekanismer, inkludert samtlige med substansielle bestemmelser om offentlige anskaffelser.³⁵⁷ Disse åpner for at en part kan henvise saken til et voldgiftstribunal bestående av tre dommere. Hver part utnevner en dommer, og disse utnevner sammen en siste. Beslutningen tribunalet treffer vil være bindende, og uten mulighet for anke.

På samme måte som under WTO, er den foretrukne løsningen at parten som har brutt avtalen innretter

seg etter dommen. Dersom dette ikke gjøres, og det ikke betales erstatning, kan den andre parten midlertidig oppheve noen av rettighetene den tapende part har fått under avtalen. Slike suspensjoner av rettigheter må stå i forhold til det lovstridige tiltaket.

Flere av avtalenes tvisteløsningskapitler forutsetter at partene selv kan velge om de vil ta saken til WTOS tvisteløsningsorgan eller stat-stat voldgift. Dersom statene velger det ene forumet, kan de imidlertid ikke velge det andre senere.³⁵⁸ Per oktober 2017 har det så vidt oss bekjent aldri vært reist tvisteløsnings-sak med grunnlag i noen av EFTAs frihandelsavtaler.

3.3.5 Hvilke tilleggsgrensninger legger EFTAs frihandelsavtaler på Norges adgang til å innføre et palmeoljeforbud utover hva som allerede følger av WTOS GPA-avtale?

EFTAs frihandelsavtaler inneholder ikke andre forpliktelser hva gjelder offentlige anskaffelser enn de som følger av WTOS GPA-avtale. Avtalene gjør at disse forpliktelsene gjelder også overfor enkelte land som ikke er med i GPA-avtalen. I tillegg til GPA-landene, innebærer EFTA-avtalene altså at Norge plikter ikke å diskriminere anbudsdeltakere fra Chile, Columbia, Georgia, Golfrådet (Bahrain, de Forente Arabiske Emirater, Kuwait, Oman, Qatar og Saudi Arabia), Mexico, Peru og de sentralamerikanske landene Costa Rica, Panama og Guatemala. Både Columbia og Guatemala er blant de åtte største palmeoljeprodusentene i verden.³⁵⁹

Adgangen til tvisteløsning er et ris bak speilet dersom et land mener avtalen er brutt. Et ad hoc-voldgiftstribunal vil kunne gi bindende beslutninger, som kan danne grunnlag for de samme sanksjonene som brudd på WTO-avtalen.³⁶⁰ Dette kan i ytterste konsekvens lede til at biodiesel eller lignende varer vil møte samme behandling i utlandet som et palmeoljeforbud fører til i Norge.

Siden miljøbestemmelsene i EFTAs avtaler ikke er gjenstand for tvisteløsning, utgjør ikke disse noen rettslig begrensning på Norges handlingsrom. Det kan imidlertid tenkes at de kan fungere som tolk-

352 EFTA.int, Topics in FTAs: <http://www.efta.int/Free-Trade/Topics-FTAs-502455>

353 Frihandelsavtalen mellom EFTA og Egypt inneholder for eksempel en bestemmelse som sier at "partene er enige om formålet med en progressiv liberalisering av offentlige anskaffelser, og at den samlede komité skal avholde konsultasjoner om hvordan dette formålet skal implementeres", jf. avtalens artikkel 33.

354 Dette er avtalene med Bosnia-Hercegovina, Filippinene, Georgia, Hong Kong, Montenegro, de sentralamerikanske landene Costa Rica, Panama og Guatemala og Serbia.

355 EFTA-Bosnia-Hercegovina art. 41, EFTA-Filippinene art. 11.10, EFTA-Georgia art. 10.10, EFTA-Hong Kong art. 8.8, EFTA-Montenegro art. 39, EFTA-de sentralamerikanske landene Costa Rica, Panama og Guatemala art. 9.10 og EFTA-Serbia art. 40.

356 EFTA.int, Topics in FTAs: <http://www.efta.int/Free-Trade/Topics-FTAs-502455>

357 Canada (artikkel 27-31), Chile (artikkel 87-97), Columbia (artikkel 12), GCC (kapittel 8), Georgia (kapittel 12), Hong Kong (kapittel 10), Mexico (kapittel VIII), Peru (kapittel 12), de sentralamerikanske statene Costa Rica, Guatemala og Panama (kapittel 12), Singapore (kapittel IX), Sør-Korea (artikkel 9.1-9.11) og Ukraina (kapittel 9).

358 Se for eksempel EFTA-Canada art. 27(3).

359 Tall fra 2015, hentet fra Greenpalm.org, Where is palm oil grown?: <http://greenpalm.org/about-palm-oil/where-is-palm-oil-grown-2> Hentet 28. oktober 2017.

360 I praksis antar vi at stater vil kunne foretrekke WTOS tvisteløsningsorgan som har en mer etablert praksis og organisasjon, og dermed gir noe mer forutsigbare rammer enn stat-stat voldgift.

ningsmoment dersom det skulle oppstå en tvist på bakgrunn av en regional frihandelsavtale. Dersom et land for eksempel skulle utfordre palmeoljeforbudet på bakgrunn av en regional frihandelsavtale, vil Norge kunne vise til at det aktuelle landet har sagt seg enig i at frihandelsavtalene ikke skal brukes til å senke miljøstandarder. Slike bestemmelser kan for eksempel føre til at Norge får et videre handlingsrom til å innføre miljøtiltak enn de ville fått under GPA-avtalen. Ettersom spørsmålet ikke har vært gjenstand for tvisteløsning, må tilleggsværdien til bærekraftbestemmelsene i EFTA-avtalen anses å være uavklart.

EFTA-avtalene gir flere land mulighet til å anlegge sak mot Norge ved innføringen av et palmeoljeforbud. Det er imidlertid usikkert om EFTA-avtalene åpner for at vurderingen av forbudet vil bli annerledes enn den ville ha blitt under WTOS GPA-avtale.

3.3.6 Oppsummering

Siden EFTAs frihandelsavtaler ikke pålegger Norge noen andre forpliktelser enn det som følger av WTO, vil heller ikke disse avtalene være til hinder for et palmeoljeforbud. De samme forutsetningene for at dette skal være tillatt gjelder også her.

3.4 Bilaterale investeringsavtaler (14+2)

3.4.1 Overordnet

Norge er part i 14 bilaterale investeringsavtaler (BITS), som gir rettigheter til utenlandske selskaper som er etablert i Norge.³⁶¹ Tretten av disse avtalene gir selskaper mulighet til å gå til sak mot staten direkte i et internasjonalt voldgiftstribunal (Investor-stat tvisteløsning, heretter ISDS)³⁶². I tillegg har EFTAs frihandelsavtaler med Singapore og Ukraina elementer av investeringsbeskyttelse.³⁶³

Formålet med BITS er å sikre at selskaper som foretar investeringer i utlandet får trygge og stabile rammevilkår i landene de opererer i.³⁶⁴ Det er i dag over

3000 ulike investeringsavtaler i verden.³⁶⁵ Siden flere av disse avtalene åpner for hemmelig tvisteløsning, er det vanskelig å si nøyaktig hvor mange saker som har vært reist på bakgrunn av investeringsavtaler, men det kjente tallet per oktober 2017 er omkring 800.³⁶⁶ Ingen av sakene har vært mot Norge.³⁶⁷

De ulike bilaterale avtalene har ulikt innhold, og avgjørelser om en avtale har i utgangspunktet ingen presedensvirkninger for tolkningen av andre avtaler.³⁶⁸ Dette gir en usikkerhet med hensyn til hvordan de ulike bestemmelsene i slike avtaler tolkes. I det videre vil det gis en oversikt over prinsippene som kommer til anvendelse.

Mens eldre investeringsavtaler ofte er korte og summariske, har avtaler fra de siste årene bestemmelser om staters rett til å regulere, miljøhensyn, menneskerettigheter og lignende. I tillegg har de nyere avtalene oftere prosessuelle regler som skal gjøre misbruk av investeringsavtaler vanskeligere. Norge har ikke fulgt med på denne utviklingen. De siste norske avtalene er fra midten av 1990-tallet, og inneholder ingen slike henvisninger.³⁶⁹ Dersom Norge skulle bli saksøkt med hjemmel i noen av disse avtalene, vil de ad hoc-oppnevnte voldgiftsdommerne derfor ha få føringer i hvilke forhold de skal legge vekt på.

3.4.2 Når kommer BITS til anvendelse?

For at et rettssubjekt skal få vern under en av Norges investeringsavtaler, må personen eller selskapet ha etablert seg i Norge og foretatt en investering i henhold til norsk lov.³⁷⁰ En forutsetning for at norske BITS får en innvirkning på et palmeoljeforbud er altså at produsenter av biodiesel og palmeolje fra noen av de nevnte landene er etablerte i Norge og produserer biodrivstoff som inneholder palmeolje. Etter hva vi vet er det ingen selskaper fra BITS-land som driver biodrivstoffproduksjon i Norge. Investeringsavtalene vil da som utgangspunkt ikke komme til anvendelse.³⁷¹

361 Chile, Kina, Tsjekkia, Estland, Ungarn, Latvia, Litauen, Madagaskar, Peru, Polen, Romania, Russland, Slovakia og Sri Lanka.

362 Avtalen med Madagaskar har ikke ISDS.

363 Regjeringen.no, Investeringsavtaler: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/handel/nfd---innsiktsartikler/frihandelsavtaler/investeringsavtaler/id438845/> (besøkt 28. oktober 2017).

364 Regjeringen.no, Investeringsavtaler: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/handel/nfd---innsiktsartikler/frihandelsavtaler/investeringsavtaler/id438845/> (besøkt 28. oktober 2017).

365 Per oktober 2017 er det 2950 BITS og 372 traktater med elementer av investeringsbeskyttelse. Kilde UNCTADs nettsider, Investment policy hub: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (besøkt 28. oktober 2017).

366 UNCTADs nettsider, Investment Policy Hub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (besøkt 28. oktober 2017).

367 Ibid.

368 Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2. utg. (Oxford University Press) s. 19.

369 Regjeringen arbeider med å utforme en ny tilnæringsmodell for investeringsavtaler, som i større grad reflekterer utviklingen på området. Dette arbeidet er per oktober 2017 ikke ferdigstilt. Modell for investeringsavtaler – alminnelig høring, 13. mai 2015, s. 1, publisert på regjeringen.no: <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/horingsbrev.pdf>

370 Norge-Chile BIT art. 1, Norge-Estland BIT art. 1, Norge-Kina BIT art. 1, Norge-Latvia BIT art. 1, Norge-Litauen BIT art. 1, Norge-Madagaskar BIT art. 1, Norge-Peru BIT art. 1, Norge-Polen BIT art. II, Norge-Romania BIT art. 1, Norge-Russland BIT art. 2, Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. 1, Norske-Sri Lanka BIT art. 2, Norge-Ungarn BIT art. 2.

371 Tribunaler har tidligere avvist saker hvor investor har etablert seg i et land med eneste formål å bli rettighetshaver under en investeringsavtale uten å ha til formål å bedrive reell økonomisk virksomhet ("nasjonalitetsplanlegging"), jf. Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2. utg. (Oxford University Press) s. 52-54.

3.4.3 Avtalene med Singapore og Ukraina: Sektorer, vilkår for anvendelse

Frihandelsavtalene EFTA har med Singapore og Ukraina kommer til anvendelse for investeringer utenfor tjenestesektoren.³⁷² For Norges del gjelder avtalene heller ikke for investeringer i Norge innenfor kraft- og energisektoren, for reparasjon av transportutstyr, fiske- og fiskeprosessering, og med de begrensninger som gjelder av norsk aksje- og konsesjonslovgivning.³⁷³ Etter vår vurdering innebærer det at produksjon av biodrivstoff som utgangspunkt faller utenfor avtalene.

3.4.4 Når foreligger ulovlig diskriminering?

På samme måte som i WTO, inneholder investeringsavtaler ofte krav om bestevilkårsbehandling og nasjonal behandling for investorer som har etablert seg i Norge. For en redegjørelse av innholdet i disse prinsippene viser vi til kapittel 3.2.3. De fleste investeringsavtalene har i tillegg bestemmelser om "rimelig og rettferdig behandling" ("fair and equitable treatment") og bestemmelser som gir investorer krav på erstatning ved ekspropriasjon.

3.4.4.1 Nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling

Kun to av Norges BITS samt EFTAs avtaler med Ukraina og Singapore inneholder en plikt til å behandle investorer fra avtalelandet likt med norske borgere.³⁷⁴ Alle BITS og frihandelsavtalene har imidlertid bestemmelser om bestevilkårsbehandling.³⁷⁵ Bestemmelsene har begrenset anvendelse. De gjelder ikke når den bedre behandlingen følger av en tollunion, frihandelsavtale, skatteavtale eller lignende.³⁷⁶

I praksis betyr dette at investorer ikke vil kunne påberope seg bedre rettigheter som følge av EØS-regelverket, EFTAs regionale handelsavtaler eller lignende. EFTA-avtalene sier at behandling som følge av investeringsavtaler også er utelatt.³⁷⁷ Ettersom palmeoljeforbudet vil ha hjemmel i nasjonal rett, vil det mest sannsynlig være omfattet.

3.4.4.2 Vern mot ekspropriasjon

Samtlige BITS har en bestemmelse som gir rett til erstatning dersom Norge skulle frata en investor en investering.³⁷⁸ Bestemmelsen er formulert litt ulikt i de ulike avtalene. Mens noen avtaler snakker om "direkte og indirekte" ekspropriasjon,³⁷⁹ snakker andre om ekspropriasjon, nasjonalisering eller "andre tiltak med tilsvarende virkning".³⁸⁰ Begge ordlyder synes imidlertid å omfatte mer enn direkte fratagelse av eiendomsrett, men også rådighetsinnskrenkninger som har tilsvarende virkning som ekspropriasjon. Forbudets avgrensning til offentlige anskaffelser medfører at produsenter av biodrivstoff basert på palmeolje ikke er utestengt fra markedet, selv om de vil kunne få redusert sitt kundegrunnlag i Norge. Dette reduserer sannsynligheten for at vernet mot ekspropriasjon kommer til anvendelse. Samtidig vil spørsmålet være gjenstand for en konkret vurdering i den enkelte sak – dersom forbudet har tilstrekkelig negativ effekt på den enkelte investering, kan det ikke utelukkes at et tribunal vil anse at palmeoljeforbudet vil ha tilsvarende virkning som ekspropriasjon. I så tilfelle må norske myndigheter gi kompensasjon til investoren. Det er verdt å nevne at investorer også har et vern mot ekspropriasjon etter norsk rett, selv om denne retten muligens har et snevrere omfang.³⁸¹

372 EFTA-Singapore artikkel 38 og EFTA-Ukraina artikkel 4.1.

373 Se Singapore-avtalen vedlegg 1 og 6 under vedlegg XI og Ukraina-avtalen vedlegg 4 under Vedlegg XI. I tillegg har ikke Ukraina krav på bestevilkårsbehandling basert på BITS fra før 1997, det vil si alle Norges eksisterende avtaler. Avtalen med Ukraina har også reservasjoner hva gjelder skattespørsmål og kollektive immaterialrettigheter.

374 Norge-Peru BIT art. 4(3), Norge-Russland BIT art. 3(3), EFTA-Ukraina FTA art. 4.4. og EFTA-Singapore FTA art. 40.

375 Norge-Chile BIT art. 4, Norge-Estland BIT art. IV, Norge-Kina BIT art. IV, Norge-Latvia BIT art. IV, Norge-Litauen BIT art. IV, Norge-Madagaskar BIT art. II, Norge-Peru BIT art. 4(2), Norge-Polen BIT art. IV, Norge-Romania BIT art. III, Norge-Russland BIT art. 3, Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. III, Norske-Sri Lanka BIT art. 4, Norge-Ungarn BIT art. IV, EFTA-Ukraina art. 4.5 og EFTA-Singapore art. 40.

376 Norge-Chile BIT art. 4(2), Norge-Estland BIT art. IV(2), Norge-Kina art. IV(3), Norge-Latvia art. IV(2), Norge-Litauen BIT art. IV(2), Norge-Peru BIT art. 4(4), Norge-Polen BIT art. IV(2)-(3), Norge-Romania BIT art. III(3), Norge-Russland BIT art. 3(4), Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. III(2), Norske-Sri Lanka BIT art. 5, Norge-Ungarn BIT art. IV, EFTA-Ukraina FTA art. 4.5(2), EFTA-Singapore art. 40(2).

377 EFTA-Singapore art. 40(2) og EFTA-Ukraina art. 4.5(2).

378 Norge-Chile BIT art. 6, Norge-Estland BIT art. VI, Norge-Kina art. V, Norge-Latvia art. VI, Norge-Litauen BIT art. VI, Norge-Madagaskar BIT art. VI, Norge-Peru BIT art. 6, Norge-Polen BIT art. VI, Norge-Romania BIT art. IV, Norge-Russland BIT art. 5, Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. V, Norske-Sri Lanka BIT art. 6 og Norge-Ungarn BIT art. VI.

379 Norge-Chile BIT art. 6.

380 Se blant annet Norge-Estland BIT art. VI.

381 Det er verdt å merke seg at regjeringen i sitt arbeid med ny tilnærming til investeringsavtaler har gått inn for en helt annerledes formulert bestemmelse enn den som foreligger i Norges eksisterende BITS, fordi det "[e]tter norsk rett trekkes det et klart skille mellom ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkninger når det gjelder rett til erstatning for den som rammes av slike tiltak. Mens det er et ubetinget krav på full erstatning for den som rammes av ekspropriasjon, er den klare hovedregelen at rådighetsinnskrenkninger ikke utløser krav på erstatning. Den foreslåtte bestemmelsen inneholder derfor en snevrere avgrensning for hvilke type vedtak som gir rett til erstatning enn det som følger av mer tradisjonelle investeringsbeskyttelsesavtaler". På bakgrunn av dette er det nærliggende å anta at ekspropriasjonsbestemmelsene i eksisterende BITS gir mer utstrakt vern enn det som følger av norsk rett. Kilder: Agreement between the Kingdom of Norway and ... for the promotion and protection of investments, Draft version 130515, Article 6 og Kommentarer til de enkelte bestemmelsene i modellavtalen, 13. mai 2015, s. 9. Begge dokumenter er tilgjengelig på regjeringens nettsider: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---modell-for-investeringsavtaler/id2411615/> (besøkt 30. oktober 2017).

EKSEMPELSAKER

Metalclad v. Mexico

I denne saken hadde et amerikansk selskap etablert seg i Mexico med formål om å utvikle en søppelsorteringsstasjon for farlig avfall. Etter at byggingen av stasjonen hadde startet opp ga kommunale myndigheter beskjed om at selskapet trengte en kommunal byggetillatelse i tillegg til de statlige tillatelsene selskapet allerede hadde fått. Metalclad søkte om dette, og fikk avslag. I tillegg bestemte myndighetene at det aktuelle området skulle vernes, som naturområde for kaktus. Dette resulterte derfor i at stasjonen måtte stenge.

Metalclad reiste sak mot Mexico med grunnlag i NAFTA-avtalen (frihandels-avtalen mellom USA, Canada og Mexico). Selskapet hevdet at Mexico hadde brutt prinsippet om rimelig og rettferdig behandling, og at tiltakene utgjorde ekspropriasjon. Selskapet fikk medhold på begge punkter. I vurderingene la tribunalet blant annet vekt på at Mexico ikke hadde sørget for åpne og forutsigbare rammevilkår, og at selskapet ikke hadde hatt mulighet til å uttale seg eller blitt informert om prosessen for å verne området (avsnitt 91-99). Tribunalet uttalte videre at tiltakene, sammen med fraværet av en effektiv og ryddig prosess og manglende grunnlag i begrunnelsen for avslaget, utgjorde indirekte ekspropriasjon (avsnitt 107).

Hva gjelder retten til å regulere for å sikre miljøhensyn, uttalte tribunalet at sentrale myndigheter hadde funnet at selskapet tilfredsstilte nødvendige miljøstandarder (avsnitt 98). Samtidig la tribunalet vekt på at kommunen hadde påberopt seg miljøhensyn i vurderingen av om selskapet skulle

få tillatelsen, da de kom til at Mexico hadde brutt avtalen. Kommunen hadde ikke vurdert eventuelle fysiske feil med anlegget og lignende (avsnitt 92-93 og 106). Det kan altså synes som om tribunalet anerkjente at miljø kunne være relevant, men at dette kun ble påberopt med den hensikt å ramme det aktuelle selskapet. I den forbindelse fremhevet tribunalet at kommunen ikke hadde noen myndighet under nasjonal rett til å vurdere dette (avsnitt 106).

Phillip Morris v. Uruguay

I denne saken hadde Uruguay foretatt en rekke tiltak med formål om å redusere bruk av tobakk. Uruguay hadde blant annet innført en regel om at hvert tobakksmerke kun fikk lov til å selge en type sigaretter, slik at en leverandør ikke lengre kunne selge ulike versjoner av samme merke ("light", med smak osv). Forbudet var begrunnet i at ulike versjoner av et merke kunne gi et feilaktig inntrykk av at noen typer sigaretter var mindre skadelige enn andre. Det nye regelverket førte til at Phillip Morris måtte trekke 7 av de 12 produktene de solgte i Uruguay.

Phillip Morris saksøkte Uruguay med grunnlag i en BIT mellom Uruguay og Sveits fra 1988. Selskapet anførte blant annet at tiltakene utgjorde ulovlig ekspropriasjon og brudd på bestemmelsen om rimelig og rettferdig behandling. I likhet med Norges BITS inneholder ikke denne avtalen henvisninger til retten til å regulere, folkehelse, generelle unntaksbestemmelser eller lignende.

Voldgiftsribunalet kom til at Uruguays tiltak var lovlig. Det uttalte at Phillip Morris måtte ha en forventning om at tobakksvarer ville bli gjenstand

for strengere regulering etter hvert som skadevirkningene ble bedre og bedre dokumentert. I den forbindelse var det ikke relevant at Uruguay var det landet som innførte slike tiltak, så lenge tiltakene hadde et rasjonelt grunnlag og ikke var diskriminerende (avsnitt 430).

Tribunalet uttalte at BITS gir statene en skjønnsmargin, i hvert fall innenfor folkehelsefeltet. Skjønnsmarginen var etter tribunalets mening lik den som finnes under den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (avsnitt 399).

Mens tribunalet i Metalclad synes å ha lagt større vekt på hensynet til investoren enn kommunens handlingsrom, la tribunalet i Philip Morris-saken større vekt på statens rett til å regulere. Sakene illustrerer at tolkningen av BITS kan være uforutsigbare. Metalclad-tribunalet avviste ikke at miljø kunne være et relevant hensyn, men fant det ikke bevist at miljøhensyn var de reelle grunnene til at Metalclads søknad ble avvist. Saken viser således at det ikke er tilstrekkelig for en stat å påberope seg miljøhensyn når den innfører et tiltak – det må også godtgjøres at dette er den reelle begrunnelsen for tiltaket.

Sakene illustrerer også viktigheten av investors berettigede forventninger. I Metalclad-saken hadde investor fått garantier fra føderalt hold om at alle tillatelser var i orden; at virksomheten senere skulle bli forhindret fra regionalt hold må derfor ha vært vanskelig å forutse. Motsetningsvis må det i Phillip Morris-saken ha vært forventet at land tar steg i retning av en strengere tobakkspolitikk etter hvert som skadevirkningene av tobakk blir bedre dokumentert.

Frihandelsavtalene med Ukraina og Singapore har ingen bestemmelser om erstatning ved ekspropriasjon.

3.4.4.3 Rimelig og rettferdig behandling

Samtlige avtaler om investeringer har en bestemmelse som gir rett til rimelig og rettferdig behandling ("fair and equitable treatment").³⁸² Disse gjelder uavhengig av hvordan nasjonale investorer

blir behandlet. Formålet med slike bestemmelser er å verne investorer mot handlinger som ikke fanges opp av de øvrige bestemmelsene.³⁸³ Et slikt minimumsvern følger også av folkerettslig sedvanerett, men med unntak av avtalen med Ukraina, inneholder bestemmelsene i Norges BITS ikke noen referanse til denne, og bestemmelsene må således antas å stå på egne ben.³⁸⁴

382 Norge-Chile BIT art. 4, Norge-Estland BIT art. III, Norge-Kina BIT art. III, Norge-Latvia BIT art. III, Norge-Litauen BIT art. III, Norge-Madagaskar BIT art. VI, Norge-Peru BIT art. 4(1), Norge-Polen BIT art. III, Norge-Romania BIT art. II, Norge-Russland BIT art. 3, Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. II, Norske-Sri Lanka BIT art. 3(2), Norge-Ungarn BIT art. III, EFTA-Ukraina art. 4.3 og EFTA-Singapore art. 39.

383 Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, 2. utg. (Oxford University Press) s. 132.

384 Ibid s. 134-139.

Et sentralt vurderingstema er i mange saker hva som er en investors berettigede forventninger. Dersom en investor har fått signaler fra myndighetene som har gitt ham en berettiget forventning om at et tiltak ikke skulle inntre, men det likevel inntre, er det gode sjanser for at myndighetene ikke har gitt investoren rimelig og rettferdig behandling. Grunnlaget for investorens forventninger er lovgivning, forsikringer og annen myndighetsutøvelse, slik som tilatelser eller kontrakter.³⁸⁵ Eksempelene i Metalclad mot Mexico og Phillip Morris mot Uruguay (se faktaboks) illustrerer hvor viktige slike forventninger kan være.

Produsenter av produkter som inneholder palmeolje har i lengre tid vært gjenstand for stadig flere miljø- og rapporteringskrav i Europa og Norge som følge av regulering på EU-nivå. Nye politiske steg i samme retning vil derfor i utgangspunktet ikke være uforutsigbart. Det avgjørende vil være om norske myndigheter på noen måter har gitt signaler som likevel har gitt produsenter berettigede forventninger om at de kan drive sin virksomhet uten risiko for tap som følge av endret politikk. I den norske politiske konteksten er dette usannsynlig.

Voldgiftsribunaler har i praksis lagt vekt på en rekke ulike forhold ved vurderingen av hva som er rimelig og rettferdig behandling. Dette inkluderer om et tiltak har vært forutsigbart, om tiltaket følger av nasjonal lovgivning eller kontrakt, om investor har hatt adgang til rettferdig rettergang og om tiltaket er foretatt i god tro.³⁸⁶ Siden ordlyden er såpass vid, er det ikke klart hva slags tiltak som vil rammes, dette vil i stor grad være gjenstand for tolkning. Samtidig utelukker ikke slike bestemmelser at staten kan gjennomføre reguleringer, så lenge disse er gjort på en måte som ikke har karakteristikk som beskrevet over.

3.4.5 Når kan ulovlig diskriminering forsvares?

Ingen av Norges BITS med ISDS inneholder generelle unntaksbestemmelser slik vi ser i WTO-regelverket. EFTA-avtalene med Ukraina og Singapore inkorporerer imidlertid de generelle unntaksbestemmelsene fra WTOs regelverk for handel med tjenester, GATS.³⁸⁷ Ordlyden fra GATS er ikke identisk med den

i GPA-avtalen, men inneholder de samme hovedelementene. Vi viser derfor til utredningens kapittel 3.2.2.3 for en nærmere redegjørelse av disse.

Stater kan i utgangspunktet gjennomføre de reguleringer de måtte ønske på eget territorium, og bilaterale investeringsavtaler endrer ikke dette utgangspunktet. Selv om ingen av Norges BITS har generelle unntaksbestemmelser, er de ikke til hinder for at Norge innfører legitime reguleringer. Akkurat hvor langt denne retten går, og hvor vid investors rettigheter vil være, vil imidlertid bero på hvordan et voldgiftsribunal vil tolke bestemmelsen i en eventuell tvist.

Som nevnt over, foreligger det på nåværende tidspunkt over 800 kjente voldgiftssaker med grunnlag i ulike BITS. Disse har tolket like bestemmelser ulikt, på bakgrunn av ulike avtaler. I det videre vil vi belyse to ytterpunkter som illustrerer hvor ulike tilnærminger et tribunal kan ha med hensyn til statens handlingsrom.³⁸⁸

3.4.6 Sanksjoner og håndheving: ISDS og SSDS

Tretten av Norges investeringsavtaler inneholder bestemmelser om investor-stat tvisteløsning (ISDS)³⁸⁹. Disse avtalene åpner for at en investor kan reise sak mot Norge i et ad hoc-oppnevnt voldgiftsribunal. Partene velger en dommer hver, som sammen velger den siste dommeren. Beslutningen tribunalet treffer er endelig, og kan ikke påankes.

Norges investeringsavtaler har ikke noe krav om at nasjonale rettsmidler må være uttømt før slik sak reises,³⁹⁰ men noen av disse krever at investoren må velge mellom å ta saken til voldgift eller til nasjonale domstoler.³⁹¹

Frihandelsavtalen mellom EFTA og Singapore inneholder også adgang til ISDS, men krever at begge stater samtykker til voldgift først.³⁹² Dette kravet om samtykke gir Norge mulighet til å nekte at saker som er av stor politisk betydning for Norge avgjøres via investor-stat voldgift.

I tillegg åpner investeringsavtalene og EFTA-avtalene for stat-stat-tvisteløsning (SSDS), der stater

385 Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, 2. utg. (Oxford University Press) s. 145-146.

386 Ibid, s. 145-160.

387 EFTA-Ukraina FTA art. 4.5 og EFTA-Singapore FTA art. 49.

388 Se Metalclad Corporation and The United Mexican States, Award, Case No. ARB(AF)/91/1 og Philip Morris Brands SÅRL, Philip Morris Products S.A and Abal Hermanos S.A and Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), 8. juli 2016.

389 Norge-Chile BIT art. 8, Norge-Estland BIT art. IX, Norge-Kina Protokoll (2)(iii) (kun utmåling av erstatning ved ekspropriasjon), Norge-Latvia art. IX, Norge-Litauen BIT art. IX, Norge-Peru BIT art. 9, Norge-Polen BIT art. X, Norge-Romania BIT art. VIII, Norge-Russland BIT art. 8, Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. VIII, Norge-Sri Lanka BIT art. 9 og Norge-Ungarn BIT art. XI. Avtalen med Madagaskar har ikke ISDS.

390 Avtalen med Sri Lanka angir løsning gjennom nasjonale rettsmidler som en mulig måte å forsøke å løse tvisten på før saken tas til voldgift, men saken kan også forsøkes løst "på annen måte", jf. Norge-Sri Lanka BIT art. 9.

391 Norge-Romania BIT art. VIII(2)a), Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. VIII.

392 EFTA-Singapore FTA art. 48.

kan reise voldgiftssak.³⁹³ I noen avtaler, slik som Norges BIT med Kina, kan en ISDS-sak først reises etter at spørsmålet om brudd har blitt behandlet i en SSDS-sak.³⁹⁴

Med mindre investeringsavtalen sier noe annet, er det folkerettens regler om statsansvar som angir utgangspunktet for hvilke sanksjoner et tribunal kan idømme. I praksis er økonomisk kompensasjon imidlertid den vanligste sanksjonen, tribunaler anser seg ikke alltid kompetente til å erklære et tiltak for ulovlig.³⁹⁵ I tillegg kan tribunaler illegge saksomkostninger.³⁹⁶ Dette utgangspunktet vil gjelde også for de norske investeringsavtalene, all den tid de ikke inneholder spesifikke regler om hvilke sanksjoner tribunalet kan illegge.³⁹⁷ For tvisteløsning under EFTAs frihandelsavtaler viser vi til kapittel 3.3 c).

Sammenlignet med hva det koster å ta en sak til norske domstoler, er ISDS dyrt. Ifølge tall fra OECD fra 2012, er den gjennomsnittlige kostnadene i en sak på rundt åtte millioner dollar. 82 % av disse kostnadene er advokatkostnader.³⁹⁸ I et land med velutviklede rettssystemer og uavhengige domstoler er ISDS ofte ikke et interessant alternativ til nasjonale domstoler. Samtidig er det flere og flere eksempler på at også land med utviklede rettssystemer blir saksøkt på grunnlag av investeringsavtaler.

3.4.7 Oppsummering

Vår vurdering er at Norges investeringsavtaler ikke vil stå i veien for et palmeoljeforbud.

For det første er vi ikke kjent med at utenlandske selskaper som opererer i Norge produserer biodrivstoff som inneholder palmeolje, og det er dermed uklart om avtalene vil komme til anvendelse.

For det andre åpner investeringsavtalene for at stater kan innføre legitime reguleringer. Dette betyr at staten vil kunne innføre reguleringer som følger legitime formål, og ikke i realiteten tar sikte på å diskriminere mellom investorer fra ulike land. Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at et voldgiftstribunal ikke vil være bundet av tidligere avgjørelser med grunnlag i andre avtaler, og at Norges eksisterende BITS ikke legger noen føringer for hvilke faktorer tribunalet skal ta hensyn til ved tolking av avtalen.

3.5 Dokumentasjonskrav og risiko for søksmål i den internasjonale handelsretten

3.5.1 Overordnet

Uavhengig av hvordan regjeringen ønsker å følge opp Stortingets anmodningsvedtak, legger det internasjonale regelverket føringer for hvordan regler som griper inn i de internasjonale ikke-diskrimineringsreglene må dokumenteres. Vi vil derfor nedenfor redegjøre for viktige elementer som staten må dokumentere for at et palmeoljeforbud skal stå seg i henhold til det internasjonale handelsregelverket.

Som nevnt innledningsvis, har flere land, med Indonesia og Malaysia i spissen, truet med å prøve tiltak som rammer palmeolje til WTOs tvisteløsningsorgan. Det er også sterke næringsinteresser i EU som vil bli rammet av et palmeoljeforbud. Vi vil derfor nedenfor også si noe om risikoen for at Norge blir forfulgt rettslig dersom et palmeoljeforbud blir innført.

3.5.2 Hva staten må dokumentere for å begrunne et palmeoljeforbud?

Som nevnt over, har både EØS-retten og WTO-regelverket regler for hvordan et tiltak må dokumenteres for å være lovlig i henhold til de ulike unntaksbestemmelsene som kommer til anvendelse. Vi skal her gi noen føringer til hva dette innebærer i praksis.

Begge regelverk krever at staten kan dokumentere med en viss tyngde at palmeoljeforbudet vil være egnet og nødvendig for å oppnå målet bak et palmeoljeforbud. Ved en eventuell tvist er det klagenende part som må godtgjøre at tiltaket bryter med regelverket. Dersom det sannsynliggjøres at tiltaket er et ulovlig inngrep, er det staten som må godtgjøre at tiltaket likevel er tillatt fordi det faller under de aktuelle unntaksbestemmelsene.

Hvor vanskelig det er å godtgjøre at palmeoljeforbudet er egnet vil bero på hvilken begrunnelse staten påberoper seg. Slik vi redegjorde for i utredningens punkt 1.1, kan det tenkes flere ulike begrunnelser. Disse kan påberopes alene eller i kombinasjon, og er heller ikke uttømmende.

Det er helt klart at noen hensyn ikke vil være relevante i henhold til EØS- og WTO-regelverkets

393 Norge-Chile BIT art. 9, Norge-Estland BIT art. X, Norge-Kina VIII, Norge-Latvia art. X, Norge-Litauen BIT art. X, Norge-Madagaskar BIT art. VII, Norge-Peru BIT art. 10, Norge-Polen BIT art. IX, Norge-Romania BIT art. IX, Norge-Russland BIT art. 10, Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. IX, Norge-Sri Lanka BIT art. 10 og Norge-Ungarn BIT art. X. Se også EFTA-Singapore FTA kapittel IX og EFTA-Ukraina FTA kapittel 9.

394 Norge-Kina Protokoll (2)(iii) (kun utmåling av erstatning ved ekspropriasjon).

395 Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2. utg. (Oxford University Press) s. 293-294.

396 For stat-stat tvisteløsning skal imidlertid saksomkostningene fordeles, jf. Norge-Chile BIT art. 9(6), Norge-Estland BIT art. X(6), Norge-Kina BIT art. VIII(5), Norge-Latvia BIT art. X(6), Norge-Litauen BIT art. X(6), Norge-Madagaskar BIT art. VII, Norge-Peru BIT art. 10(3), Norge-Polen BIT art. IX(6), Norge-Romania BIT art. IX(5), Norge-Russland BIT art. 10(3), Norge-Slovakia/Tsjekkia BIT art. IX(7), Norge-Sri Lanka art. 10(5) og Norge-Ungarn BIT art. X(6).

397 Norge-Polen BIT art. X(3) har imidlertid noen regler om fordeling av visse saksomkostninger.

398 OECD Working Paper on International Investment 2012/03, *Investor-State Dispute Settlement, A scoping paper for the investment policy community*, s. 19. Tilgjengelig på OECDs nettsider: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf (besøkt 31. oktober 2017).

unntaksregler, og derfor ikke kan tjene som begrunnelse for et forbud. Et forbud som er begrunnet i at Norge ønsker å gi norske råvarer til biodrivstoff eller norske produsenter av biodrivstoff et konkurransefortrinn, vil for eksempel aldri være tillatt.

Videre vil begrunnelser det ikke finnes vitenskapelig dekning for ikke godtas. Staten bør derfor unngå å begrunne forbudet med at en ønsker å forebygge skadevirkninger det er stor forskningsmessig uenighet om. Matsikkerhet kan for eksempel havne i denne kategorien, jf. punkt 1.1. Som nevnt tidligere, er det ikke noe krav til at det skal være full vitenskapelig konsensus rundt en årsaksskjede. Jo mer usikker begrunnelsen er, jo større risiko er det for at begrunnelsen ikke blir godtatt av andre land eller tvisteløsningsorganer.

Dersom begrunnelsen for palmeoljeforbudet knytter seg til at regnskog, urskog og torvmyr hogges ned for å dyrke palmeolje, må staten dokumentere hvorfor det er nødvendig å forby offentlig innkjøp av palmeolje som ikke er dyrket på slike områder. Et palmeoljeforbud vil kunne ramme palmeoljeproduksjon som ikke fører til avskoging.

Her må staten også kunne dokumentere at forbudet ikke vil ha en effekt som gjør at forbudet anses å utgjøre ulovlige subsidier. Vi viser her til utredningens punkt 2.4 og 3.2.6. Dette vil kreve informasjon om hvilke økonomiske effekter palmeoljeforbudet vil ha på berørte markeder og verdikjeder i Norge. Dersom et forbud kun vil rette seg mot palmeolje som ikke oppfyller bærekraftskriteriene i EU-regelverket, kan det stilles spørsmål om et slikt forbud vil ha noen praktisk betydning – all den tid slikt biodrivstoff ikke bidrar til å oppfylle kvotene for fornybar energi og derfor muligens kan bli utkonkurrert av fossilt drivstoff.

Å begrunne palmeoljeforbudet med at staten ønsker å forebygge utslipp som følger av indirekte arealbruksendringer – ILUC-effekter – er heller ikke uproblematisk. Som nevnt i punkt 1.1., baserer målingen av slike effekter seg på hypotetiske målinger av hvor andre næringer må dyrke sin jord dersom palmeoljeprodusenter benytter seg av allerede ryddet land. Det er ikke åpenbart at et forbud begrunnet i hypotetiske effekter vil stå seg hvis det blir prøvd for en internasjonal domstol. I denne sammenhengen er det interessant at EU er av den oppfatning at ILUC-effekter foreløpig kun bør være gjenstand for kartlegging, ikke sanksjoner.³⁹⁹

I tillegg til at ILUC-effekter enn så lenge kun måles via hypotetiske modeller, må staten rettferdiggjøre hvorfor palmeoljeprodusenter alene skal bære kostnaden for slike effekter: Palmeoljeproduksjonen medvirker til at produsenter av annen biomasse

må rydde ned regnskog, men det er de andre sektorene som faktisk rydder ned regnskogen. Det kan virke lite rimelig å straffe palmeoljeprodusenter for utslipp som skjer ved dyrking av for eksempel mat.

At dokumentasjon av skadevirkninger har problematiske sider, gjør ikke at slik dokumentasjon vil være umulig. Dersom det finnes vitenskapelig dekning for at det å gå lengre enn det EU har gjort i sine bærekraftkrav for biodrivstoff vil kunne redusere utslipp, vil det være mulig for Norge å rettferdiggjøre slike tiltak. Dette er til syvende og sist en naturvitenskapelig vurdering.

Videre bør staten gjøre en inngående vurdering av om det er omstendigheter som gjør at et forbud ikke vil være egnet til å oppnå den aktuelle miljøeffekten. Dette innebærer i første rekke å vurdere om andre typer biodrivstoff vil være like skadelige eller mer skadelige. Slike vurderinger kan være komplekse: I tillegg til å sammenligne måten ulike vekster dyrkes på og hvordan annen biomasse er produsert, må det også gjøres en sammenligning av hvor effektiv produksjonen er. Det kan tenkes at utslippene forbundet med et annet råstoff er like skadelige, for eksempel fordi det krever lengre tid og større områder og ressurser å dyrke samme mengde råstoff. I denne sammenhengen bør det også vurderes om det er en risiko for at palmeoljeprodusenter går over til å produsere andre planter som har like negative miljøeffekter, og dermed omgå palmeoljeforbudet uten at det har noe klimaeffekt.

Staten bør videre dokumentere hvorfor de påberopte negative effektene av palmeoljeproduksjon har betydning i Norge. Dersom begrunnelsen for forbudet er begrunnet alene i helt lokale forhold – slik som matsikkerhet, er det en risiko for at hensynet i hvert fall i WTO-sammenheng vil anses ikke å være relevant. Begrunnelse relatert til globale klimautslipp, som også har stor betydning for Norge, vil antakeligvis lettere godtas.

Som tidligere nevnt, er det ikke noe krav til at det skal være 100 % vitenskapelig konsensus om formålet som skal ivaretas, og at dette er egnet og nødvendig. Jo større vitenskapelig uenighet det er om et tema, jo større er risikoen for at tiltaket ikke vil stå seg hvis det prøves for en internasjonal domstol. Hvilke faktorer som kan bidra til at en sak blir gjenstand for tvisteløsning, behandles kort nedenfor.

3.5.3 Risiko for at Norge blir saksøkt som følge av et palmeoljeforbud

I tillegg til de rettslige utfordringene knyttet til dokumentasjon av et tiltak, ligger det alltid en risiko for at aktører fra andre land ønsker å utfordre tiltaket rettslig. Det kan være flere grunner til at et land ønsker å ta en sak til internasjonal tvisteløsning.

³⁹⁹ Fornybardirektivets fortale premiss 78, jf. 71.

ing. Årsakene kan være prinsipielle – for eksempel dersom et tiltak utfordrer viktigste folkerettslige spørsmål på et overordnet nivå. I denne sammenhengen er det antakelig mer sannsynlig at en eventuell sak reises av realpolitiske årsaker – fordi palmeoljeforbudet vil utfordre viktige økonomiske interesser.

Uavhengig av risikoen for søksmål kan palmeoljeforbudet skape politiske reaksjoner fra andre land. Slike reaksjoner kan potensielt ha store konsekvenser – dersom et land for eksempel ikke ønsker å inngå en frihandelsavtale med Norge, risikerer norske selskaper å møte dårligere vilkår for eksport av sine varer og tjenester enn sine konkurrenter fra andre land.

Det er en rekke aktører som kan bli berørt av et palmeoljeforbud. Dette inkluderer produsenter av biodrivstoff basert på palmeolje, og indirekte, palmeoljeprodusenter. Også palmeoljeproduserende land vil antakelig ha sterke meninger om et palmeoljeforbud. Som nevnt i punkt 1.2, har for eksempel Malaysia og Indonesia truet med å saksøke stater som innfører palmeoljereguleringer i WTO.

Det holder imidlertid ikke at palmeoljeforbudet berører selskapers eller lands interesser. Disse må også ha muligheten til å reise sak. Norsk rett, EØS-avtalen og flere av Norges BITS gir selskaper adgang til å reise sak mot staten direkte. I tillegg kan stater reise sak mot Norge i EFTA-domstolen, WTOS tvisteløsningsorgan og voldgift basert på EFTAs frihandelsavtaler eller Norges BITS. I tillegg kan EFTAs overvåkningsorgan, ESA, reise sak mot Norge av eget tiltak.⁴⁰⁰

Siden relativt få land er part i WTOS GPA-avtale, vil adgangen til å saksøke Norge med bakgrunn i denne være begrenset. Malaysia og Indonesia er for eksempel ikke part i GPA. Det kan imidlertid tenkes at saken anses som så prinsipielt viktig at sak reises mot Norge basert på GATT, TBT-avtalen eller SCM-avtalen, selv om det fremstår som usannsynlig at et slikt krav vil føre frem.

Hvor i verden palmeolje blir produsert, vil ikke nødvendigvis ha avgjørende betydning for hvilke aktører som kan ønske å reise sak mot Norge. Det er flere grunner til dette.

For det første er det flere aktører enn de som kommer fra palmeoljeproduserende land som blir rammet av palmeoljeforbudet. Selskaper som produserer biodrivstoff ved hjelp av palmeolje finnes over hele verden, også innenfor EU/EØS.

For det andre er det flere eksempler på at stater reiser saker i WTO på vegne av private aktører. Dette er vanlig dersom et lands egne selskaper blir rammet av en utenlandsk regulering, men det finnes også eksempler på at selskaper søker å få andre land til å reise sak på deres vegne.⁴⁰¹ Siden det ikke stilles noe krav om rettslig interesse for å reise sak i WTO kan i prinsippet et hvilket som helst land reise sak basert på avtalene de er part i.

Et annet spørsmål er om Norge er et naturlig land å reise sak mot. I EØS-sammenheng kan det godt være tilfelle – her vil en aktør kunne bruke EU mer restriktive praksis som argument for at palmeoljeforbudet er ulovlig. I WTO er spørsmålet mer uklart. Norge er en liten økonomi sammenlignet med andre aktører som regulerer palmeolje, slik som EU. Samtidig vil det å gå til sak mot Norge være en mindre politisk belastning enn å reise tvist mot EU.

Det vil alltid være en risiko for at et land innfører tiltak andre land ikke liker, og at dette får politiske eller rettslige konsekvenser. Avveiningen mellom eventuelle negative reaksjoner og ønsket om å oppnå politiske mål er et politisk spørsmål. Vi går ikke nærmere inn på dette her.

3.6 Oppsummering

Det internasjonale handelsregelverket åpner i prinsippet for at stater kan innføre tiltak som skal ivareta miljøhensyn. Norge har således i utgangspunktet muligheten til å innføre et palmeoljeforbud. Dette utgangspunktet hviler imidlertid på enkelte forutsetninger.

For det første stiller regelverket krav til formålet bak et palmeoljeforbud. Dette må være konkret, og angi hvilke virkninger et palmeoljeforbud vil ha for å sikre de relevante hensynene i avtalen. Staten må uttrykke et ambisjonsnivå som rettferdiggjør et forbud mot å benytte seg av biodrivstoff med palmeolje i offentlige anskaffelser. I dette ligger at staten må godtgjøre at den ønsker å legge seg på en linje hvor mindre inngripende tiltak ikke vil være tilfredsstillende.

For det andre må staten dokumentere at et slikt tiltak er nødvendig for å ivareta det aktuelle formålet. Det kreves ikke at dokumentasjonen hviler på en internasjonalt anerkjent konsensus, men den må være basert på troverdige kilder med en viss tyngde. Dette er i første omgang en miljøfaglig vurdering. Konkret vil Norge antakelig måtte bevise at alle palmeoljeprodusenter vil ha en negativ miljøeffekt av en viss størrelse, som produkter uten palmeolje ikke vil ha. Dersom det kan påvises at dette ikke er tilfelle, vil det være en risiko for at et palmeoljeforbud anses å være diskriminerende.

400 EØS-avtalen artikkel 55.

401 Se Eckhardt Jappe, de Bièvre Dirk.- Boomerangs over Lac Léman : transnational lobbying and foreign venue shopping in WTO dispute settlement, World trade review / World Trade Organization (2015), s. 1-24.

For det tredje må staten godtgjøre at tiltaket ikke vil føre til at ulike produkter behandles likt. Dersom et palmeoljeforbud vil føre til at produkter som inneholder palmeolje, men ikke bidrar til skadene staten ønsker å forebygge, blir rammet, vil det være fare for at forbudet anses å anvendes på en måte som er ulovlig etter WTO- og handelsregelverket. Av samme grunn bør det utredes om et palmeoljeforbud vil la produkter med like skadelig effekt, men uten palmeolje, gå fri. Dersom et absolutt forbud ikke vil ha slike effekter, må dette dokumenteres. Dersom et absolutt forbud vil ha slike effekter, må regelverket

inneholde en fleksibilitet som tar hensyn til forskjellene mellom produktene.

I begge sammenhenger bør staten opptre ryddig, forutsigbart og åpent i behandlingen av forslaget, i tråd med alminnelige regler om god forvaltningsskikk. På denne måten vil staten ikke skape noen feilaktige forventninger til eventuelle investorer som måtte operere i Norge.



Del 2B Kan regjeringen innføre en retningslinje eller policy om at det i offentlige anskaffelser ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, og i så fall: hvordan bør en retningslinje utformes?

1 Introduksjon

Verken EØS-avtalen eller det øvrige internasjonale handelsregelverket som begrenser statens handlingsrom, hindrer etter vår vurdering et forbud, såfremt staten på en tilfredsstillende måte kan dokumentere miljørisikoen ved palmeolje og at forbudet ikke også vil ramme aktører som produserer miljøvennlig palmeolje. Vi antar at begge deler er mulig. En konsekvens av dette, er at vi under de samme forutsetninger heller ikke kan se at noe er til hinder for at staten utformer en retningslinje eller policy om at det i offentlige anskaffelser ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje.

Vi gjentar ikke våre vurderinger knyttet til proporsjonalitetskravet som gjelder etter både EØS-retten og WTO-retten, men viser til merknadene i kapittel 2 A over vedrørende lovligheten av et forbud, enten dette vedtas i lovs form eller i form av en ikke-bindende retningslinje eller policy. Vi skal imidlertid i neste avsnitt knytte enkelte merknader til hvorvidt en retningslinje eller policy kan være mer fornuftig enn et forbud ut fra en betraktning om redusert usikkerhet knyttet til om tiltaket er lovlig eller ikke under EØS-avtalen og frihandelsreglene.

2 I hvilken grad vil en policy eller retningslinje redusere risikoen for at tiltaket er ulovlig under EØS-avtalen og frihandelsreglene?

2.1 Vurdering under EØS-avtalens regler om fri bevegelighet

Innledningsvis kan vi kort slå fast at “tiltak” i EØS art. 11 vil omfatte retningslinje og policy – selv om det utformes som en ikke-bindende oppfordring. EU-domstolen har lagt til grunn at holdningskampanjer vil kunne være et “tiltak”.⁴⁰²

Terskelen for hva som utgjør tiltak med “tilsvarende virkning” som en kvantitativ importrestriksjon er lav. EØS-avtalen setter ikke skranker for offentlige informasjonskampanjer, men vil kunne begrense en retningslinje eller policy som fungerer på en markedsvridende måte. Dersom vi forutsetter at en

retningslinje eller policy derfor har en viss hindrende virkning på offentlige innkjøperes kjøp av biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, vil denne etter vår vurdering raskt utgjøre en restriksjon.⁴⁰³ Dette støttes blant annet av at EU-domstolen legger til grunn at muligheten for unntak ikke hindrer at regelen eller utgangspunktet utgjør en restriksjon.⁴⁰⁴

I vurdering av om restriksjonen likevel er lovlig begrunnet under EØS art. 13, legger vi til grunn at tiltaket – i likhet med et forbud – ivaretar et lovlig hensyn og må anses som et egnet tiltak. Det sentrale spørsmålet er om tiltaket kan anses nødvendig og derved proporsjonalt. De rettslige utgangspunktene for denne vurderingen er som beskrevet over i kapittel 2.3.6.1.

Ut fra miljøbegrunnelsen, og den praksis som er gjennomgått ovenfor under kapittel 2.3.6.3 er vår vurdering at også en retningslinje eller policy vil kunne lovlig begrunnes i miljøhensynet, men vi er mer usikre på om det vil være vesentlig enklere å få en retningslinje og policy godkjent enn et forbud. En retningslinje eller policy vil i noe mindre grad være begrensende for den frie bevegelighet av varer enn et forbud, og den reduserte styrken i restriksjonen vil som utgangspunkt gi et noe større handlingsrom. Til forskjell fra mer absolutte regler, vil tiltak som involverer et valg og et forvaltningsskjønn samtidig kunne skape en usikkerhet hos leverandørene og en administrativ og økonomisk kostnad for oppdragsgiver. Dette er som vist ovenfor under kapittel 2.3.6.3 relevant og noe domstolene vil kunne legge vekt på i prøvingen av nødvendighets- og proporsjonalitetsvilkåret.

Som nevnt i del 2 A, kapittel 4, er det for øvrig ingen bestemmelser i EU-/EØS-anskaffelsesretten som legger begrensninger på regjeringens adgang til å innføre et palmeoljeforbud i forskrift til lov. Et “fra det mer til det mindre”-synspunkt tilsier da at EU-/EØS-anskaffelsesretten heller ikke legger begrensninger på regjeringens adgang til å innføre en retningslinje eller policy om at det i offentlige anskaffelser ikke skal benyttes biodrivstoff basert

402 Jf. sak (Buy Irish) som gjaldt en omfattende irsk kampanje som oppfordret forbrukere til å kjøpe irske varer.

403 Se punkt 2.2.2 over om restriksjonsbegrepet.

404 Se blant annet EU-domstolens sak C-82/77 Van Tiggele, ECLI:EU:C:1978:10, premiss 19. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=82/77&td=ALL>

på palmeolje eller biprodukter av palmeolje. For den nærmere argumentasjonen viser vi til del 2 A, kapittel 4.

2.2 Vurdering under frihandelsreglene

På samme måte som under EØS-retten, vil GPA-avtalen og EFTAs frihandelsavtaler ramme alle tiltak staten foretar seg, så lenge det er en innkjøper omfattet av avtalens virkeområde som står bak.⁴⁰⁵ Regelverket omfatter derfor også policies eller retningslinjer, og disse vil være gjenstand for de samme vilkårene som et absolutt forbud.

Dersom de klimafaglige forutsetningene for å innføre et absolutt forbud er til stede, vil staten også ha mulighet til å gjøre det mindre – nemlig å innføre policies eller retningslinjer. Slike “myke” tiltak vil imidlertid være mindre effektive for å oppnå formålet bak – nemlig reduserte utslipp av klimagasser.

Skulle de klimafaglige forutsetningene for å innføre et forbud ikke være til stede, blir spørsmålet om det går an å innføre retningslinjer som anbefaler at det offentlige kun skal kjøpe inn biodrivstoff uten palmeolje. Vår vurdering er at slike retningslinjer i utgangspunktet vil være gjenstand for den samme vurderingen som et absolutt forbud. En retningslinje eller policy om ikke å benytte biodrivstoff med palmeolje vil derfor være i strid med GPA-avtalen dersom det tiltaket rammer både bærekraftige og forurensende produkter.

WTO-regelverket krever ikke at et tiltak må ha negative effekter for at det skal være ulovlig. Det fremgår av de prosessuelle reglene til WTOS tvisteløsningsorgan at slike negative effekter antas å være til stede hvis en stat har brutt noen av reglene i avtalen.⁴⁰⁶ Det vil i utgangspunktet derfor ikke være relevant for vurdering av ikke-diskrimineringsreglene at en retningslinje ikke vil ha negative effekter på innkjøpere.

Som forklart over, kan staten selv bestemme hvor streng miljøpolitikk den ønsker å innføre. Dersom det uttalte formålet bak et palmeoljeforbud ikke vil være ambisiøst nok til å rettferdiggjøre et forbud, og tiltaket derfor ikke vil være “nødvendig” i henhold

til GPA-avtalens unntaksregler, kan en retningslinje eller policy være et mer passende tiltak. Dette blir til syvende og sist et politisk spørsmål.⁴⁰⁷

3 Hvordan kan en retningslinje utformes?

Dersom staten velger å begrense innkjøp av palmeolje eller biprodukter av palmeolje gjennom retningslinjer eller policy, er spørsmålet hvordan denne mest hensiktsmessig kan utformes.

Dersom staten velger en retningslinje i stedet for en lov, vil dette typisk være begrunnet i ønsket om en mindre handelsbegrensende tilnærming. Retningslinjene bør da være basert på et klart prinsipp om frivillighet. Retningslinjen bør oppfordre, men ikke direkte eller indirekte forplikte offentlige innkjøpere på noen måte.

Retningslinjene bør ha en klar formålsbestemmelse som tar utgangspunkt i at tiltaket er ment å ivareta klart identifiserte miljøhensyn, for eksempel redusere klimagassutslipp, redusere avskoging og fremskynde utviklingen mot mer bærekraftig biodrivstoffproduksjon. For å sikre likebehandling bør retningslinjene være begrenset til disse klart identifiserte miljøhensynene,

og ikke invitere til skjulte eller diffuse beslutninger knyttet til innkjøp.

For å sikre forutberegnelighet og unngå at retningslinjene brukes som skjult diskriminering eller som skinnbegrunnelse for å ivareta andre hensyn, bør retningslinjene utformes basert på enkle, klare og etterprøvbare prinsipper.

Utover dette vil staten som utgangspunkt ha en betydelig frihet til hvordan en frivillig retningslinje utformes. Vi viser imidlertid til gjennomgangen under kapittel 4 av ulike alternativer til et palmeoljeforbud. Momentene omtalt i kapittel 4 vil gjelde tilsvarende for retningslinje som for lov.

EKSEMPELSAK

Buy American

Også retningslinjer om offentlige anskaffelser får oppmerksomhet i WTO. Da WTOS komité for offentlige innkjøp møttes 18. oktober 2017, reiste flere stater spørsmål til Trumps regjering sinstruks (“executive order”) om å “Buy American, Hire American”, publisert 18. april 2017. I den sammenhengen uttalte blant annet EU at slike policies kunne lede til økte kostnader og økt tidsbruk

uten at det kunne vises til økt jobbskaping. EU ba USA om å følge internasjonale regler og tiltak, og en rekke andre land uttrykte at de delte disse bekymringene. Enkelte fremhevet at de kom til å følge utviklingen nøye. USA svarte med å gi en detaljert oversikt over instruks, og anførte at den ikke hadde innhold som kunne underminere eksisterende internasjonale forpliktelser.

4 Alternativer til et palmeoljeforbud

4.1 Innledning

Departementet har i oppdragsbeskrivelsen også bedt utredningen belyse enkelte konkrete problem-

405 Se GPA-avtalens vedlegg 1-3.

406 DSU art. 3.2(8).

407 WTO.org, Afghanistan, Brazil welcomed as observers to the WTO Government Procurement Agreement, 18. oktober 2017 (besøkt 2. november 2017): https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/gpro_20oct17_e.htm

stillinger knyttet til ulike alternativer til et palmeoljeforbud. Alternativer til et palmeoljeforbud er kommentert ovenfor (se særlig kapittel 2.3.6.3), men departementets tilleggsproblemstillinger aktualiserer enkelte spørsmål som vil behandles nedenfor.

4.2 Er det mulig å stille høyere krav til reduserte livsløpsutslipp enn minstekravet som følger av bærekraftkriteriene for biodrivstoff?

I besvarelsen av dette spørsmålet er det naturlig å skille mellom EØS-rettslige begrensninger og andre internasjonale avtalerettslige begrensninger på adgangen til å stille høyere krav til reduserte livsløpsutslipp.

Skjerpede bærekraftkriterier vil etter vår vurdering utgjøre en restriksjon etter EØS art. 11, slik at spørsmålet igjen er hvorvidt tiltaket kan anses lovlig begrunnet i miljøhensyn etter EØS art. 13. I utgangspunktet vil skjerpede bærekraftkriterier være et mindre inngripende tiltak, ha støtte i eksisterende regelverk og tiltakspakke og dermed være et egnet tiltak. Vi har samtidig påpekt at skjerpede nasjonale bærekraftkriterier vil påføre leverandørene en økt administrativ byrde og potensielt komme i konflikt med EUs eget regelverk, ved at det innføres ulike og ikke-harmoniserte bærekraftkriterier.⁴⁰⁸ Etter vår vurdering er det derfor en risiko for at skjerpede bærekraftkriterier i form av høyere krav til reduserte livsløpsutslipp ikke vil anses som nødvendige og proporsjonale (rimelige) tiltak ut fra en avveining av miljøvirkningen og restriksjonsvirkningen. Dersom skjerpede bærekraftkriterier derfor skal vurderes, bør dette skje i tett dialog med ESA og Kommisjonen, og hensynta den regelverksutvikling som pågår i EU gjennom forslaget til nytt fornybardirektiv mv. Vi viser ellers til vurderingen under kapittel 2.3.6.3f) ovenfor.

Samtidig vil en slik ordning ha mindre risiko for å ha diskriminerende effekter, dersom det skulle vise seg at det finnes andre – mer skadelige – råvarer å basere biodrivstoff på. Forutsatt at et slikt regelverk kan utformes på en måte som ikke pålegger en for stor administrativ byrde, vil dette være en mindre kontroversiell løsning enn å innføre et forbud som kun rammer palmeolje.

Vi understreker at det etter vår vurdering ikke er noe anskaffelsesrettslig til hinder for at staten generelt eller i den enkelte anskaffelse, formulerer bærekraftkrav som er strengere enn kravene i fornybardirektivet. Dette drøftes nærmere under del 3, kapittel 3.

Det folkerettslige handelsregelverket for øvrig vil ikke være direkte begrenset av EUs bærekraftkriterier.

4.3 Er det mulig å stille krav til livsløpsutslipp som inkluderer indirekte arealbruksendringer for biodrivstoffet som skal benyttes? I så fall hvordan? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse

Etter vår vurdering er EØS art. 11 og 13 ikke til hinder for at det stilles krav til livsløpsutslipp som nevnt. Et krav til livsløpsutslipp vil være mindre begrensende enn et forbud, men være innrettet mot å ivareta de samme hensyn. Innenfor rammene skissert i punkt 4.2, er vår vurdering derfor at slike krav vil kunne stå seg etter EØS art. 13. Dette støttes av at det nye anskaffelsesregelverket i større grad legger opp til at livssykluskrav og livssyklusnuder i større grad kan og bør hensyntas for å sikre bærekraft og miljø.⁴⁰⁹

Den nye bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser § 18-2 om beregning av livssyklusnuder vil kunne gi noe veiledning til hvordan slike krav kan benyttes. Etter denne bestemmelsen er det anledning til å ta hensyn til direkte kostnader (omkostninger i forbindelse med anskaffelsen mv.) og eksterne kostnader dersom kostnader på nærmere vilkår og forutsatt at verdien kan tallfestes og etterprøves. Ut fra denne bestemmelsen alene, kan det derfor se ut til å være vanskelig å legge vekt på indirekte arealbruksendringer. Etter vår vurdering kan dette ikke være riktig. I denne sammenhengen viser vi til at også EU i sitt ILUC-direktiv tar sikte på å kunne vektlegge ILUC-effekter i sine bærekraftkriterier i fremtiden.⁴¹⁰

Anskaffelsesregelverket anerkjenner at miljøhensyn skal kunne hensyntas i større grad enn tidligere, og stiller i mindre grad absolutte krav til hvordan dette skal gjøres så lenge de grunnleggende prinsippene til likebehandling mv. respekteres.

Etter vår vurdering vil indirekte arealbruksendringer – som nevnt over under avsnitt 2.3.6.3g) – være egnet til i større grad å hensynta netto avskoging og netto reduksjon av matareal mv. En livssyklustilnærming tar dermed i betraktning større deler av verdikjeden, og fremstår som egnet for å sikre formålet om redusert avskoging og klimagassutslipp.⁴¹¹ En forutsetning for at staten skal kunne ta hensyn til ILUC-effekter er imidlertid at staten kan måle slike effekter med tilstrekkelig pre-

408 Se drøftelse i premiss (202) flg.

409 Se blant annet anskaffelsesdirektiv 2014/24/EC, fortalen premiss 95, 96 og artikkel 67 og 68 om livssyklusnuder i tildelingsevalueringen.

410 ILUC-direktivet (Direktiv (EU) 2015/1513), fortalen, premiss 4.

411 Se for øvrig De Sadeler, i EU Environmental Law and the Internal Market, s. 274.

sisjon. Vi kan samtidig ikke se at statens mulighet til å innføre slike moderate restriksjoner hindrer staten fra å gjøre det strengere, nemlig å innføre et palmeoljeforbud. Det vises til merknadene ovenfor under 2.3.6.3.

4.4 Er det mulig å skille mellom bruk av konvensjonelt og avansert biodrivstoff innenfor et offentlig kjøp? Kan det stilles et spesifikt krav om avansert biodrivstoff? Kan dette alternativt innrettes slik at bruk av avansert biodrivstoff belønnes ekstra i en miljøvekting av anbud? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse

Biodrivstoff kan lages på forskjellige måter og av forskjellige råstoffer. Valg av råstoff og metode er med på å påvirke biodrivstoffets kvalitet (hvordan drivstoffet oppfører seg i bilens motor) og klimagasseffekt. Konvensjonelt biodrivstoff er basert på råstoff fra landbruksvekster, som for eksempel raps. Avansert biodrivstoff er basert på avanserte råstoff, som avfall og skogressurser. Avansert biodrivstoff er ansett å ha høyere kvalitet (oppfører seg bedre i motoren) og er mer bærekraftig enn konvensjonelt biodrivstoff.

Etter vår vurdering vil et slikt tiltak ikke være i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet. Dette følger av vurderingen i del 2 A. Etter vår vurdering åpner anskaffelsesregelverket i forholdsvis vid utstrekning for å skille mellom bruk av konvensjonelt og avansert biodrivstoff innenfor et offentlig kjøp, særlig dersom det kan påvises kvalitetsforskjeller som i tilstrekkelig grad har tilknytning til kontraktsgjenstanden. I utredningen vil vi redegjøre for i hvilken utstrekning og på hvilke vilkår det kan stilles krav til at hele eller deler av biodrivstoffet som benyttes skal være avansert.

Et alternativ er å gi bruk av avansert biodrivstoff ekstra uttelling ved tildelingsevalueringen (børkrav/evalueringskrav), eventuelt i kombinasjon med et minstekrav til bruk av avansert biodrivstoff (eksempelvis ved at man stiller krav til at minst 20 % av drivstoffet er avansert, og at tilbydere som tilbyr en høyere andel avansert biodrivstoff får uttelling for dette ved tildelingsevalueringen).

Basert på vår erfaring med anskaffelser hvor det har vært sentralt å redusere klimautslipp knyttet til drivstoff, blant annet innenfor fergesektoren, vil det trolig være forholdsvis vid adgang til å benytte en slik fremgangsmåte.⁴¹² Vi kan samtidig ikke se at statens mulighet til å innføre slike moderate restriksjoner hindrer staten fra å gjøre det strengere,

nemlig å innføre et palmeoljeforbud. Det vises til merknadene ovenfor under 2.3.6.3.

Vi vil samtidig nedenfor i utredningen under kapittel 3 vurdere hvordan oppdragsgivere i den enkelte konkurranse kan redegjøre for hvilke konkrete muligheter som foreligger, og hvilke særlige hensyn man må ta i forbindelse med tildelingsevalueringen og eventuell dokumentasjon av miljøgevinster.

4.5 Kan man gjennom andre anskaffelsesmetoder eller –verktøy (LCC, funksjonskrav, vekting av tildelingskriterier, o.l.) sikre seg at man ikke må kontrahere et kjøp som bidrar til netto globale tilførsler av klimagasser? Illustreres eventuelt gjennom ett eller flere konkrete eksempler for hvordan det kan håndteres i en anskaffelse

Etter vår vurdering vil et slikt tiltak ikke være i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet. Dette følger av vurderingen i del 2 A. Det sentrale spørsmål er om bruken av den aktuelle metoden eller verktøyet er i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, herunder at kriteriene/kravene er objektive, etterprøvbare og ikke-diskriminerende, samt at de har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive det som skal anskaffes. Dette beror i stor grad på at metoden/verktøyet utformes på en måte som ikke favoriserer én enkelt tilbyder, og – så langt mulig – baseres på objektive og målbare kriterier. Det er ikke et forbud mot skjønnsmessige kriterier i anskaffelsesretten, men i den konkrete utformingen og valg av metode/verktøy, kan det være hensiktsmessig å foretrekke sjablongregler eller målbare standarder fremfor skjønnsmessige standarder. Dette vurderes nærmere i del 3.

4.6 Er det mulig å be om at varen som tilbys skal være produsert på en måte som ikke har bidratt til å rydde nye skogområder eller torvmyrer i utviklingsland?

Etter vår vurdering vil et slikt tiltak ikke være i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet. Dette følger av vurderingen i del 2 A. Vi er heller ikke kjent med noen absolutte begrensninger på denne adgangen til å stille et slikt krav i anskaffelsesreglene eller den konkrete anbudskonkurransen. Rydding av nye torvområder vil kunne bidra til økte klimagassutslipp, især gjelder dette rydding av jord med høyt karboninnhold. Tiltaket vil derfor etter vår vurdering være egnet, hvilket støttes av at distinksjonen mellom rydding av nytt og eksisterende land er relevant etter bærekraftskriteriene (arealkriteriene) i fornybardirektivet og i ILUC-direktivet. For

412 Advokatfirmaet Thommessen har blant annet bistått Hordaland fylkeskommunes anskaffelse av ferge drift i 2016/2017 hvor miljøkrav stod særlig sentralt. Anskaffelsen har blitt tildelt pris for miljøatsingen av Kommunenenes interesseorganisasjon KS og miljøstiftelsen Zero: <https://www.nrk.no/hordaland/fekk-klimapris-for-utsleppskrav-som-ga-el-ferger-1.13242490>

øvrige vises til drøftelsene av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet under kapittel 2.3.6.3g) ovenfor.

Et krav som setter strengere krav til varer som kommer fra utviklingsland vil imidlertid være problematisk etter WTO-regelverket. Som nevnt i punkt 2 A er det spesielt et spørsmål under WTO-regelverket om en stat har adgang til å innføre tiltak som kun har ekstraterritoriell virkning. Som omtalt over er ikke dette nødvendigvis et problem dersom det innføres et generelt forbud. Det vil imidlertid trolig være mer problematisk dersom visse kriterier kun retter seg mot utviklingsland. Som andre deler av WTO-regelverket, tillater GPA-avtalen å gi bedre vilkår til utviklingsland.⁴¹³ Det følger både av de generelle prinsippene om ikke-diskriminering og WTO-systemet som helhet at utviklingsland i hvert fall ikke kan få verre vilkår enn øvrige land.

En mindre problematisk løsning er å kreve at varen skal være produsert på en måte som ikke har bidratt til å rydde nye skogområder eller torvmyrer som fører til økt utslipp slik EU har gjort.⁴¹⁴

4.7 Er det mulig å be om at tilbydere skal ha en policy om null avskoging?

Etter vår vurdering vil et slikt tiltak ikke være i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelse. Dette følger av vurderingen i del 2 A. Vi er heller ikke her kjent med noen absolutte begrensninger på adgangen til å stille et slikt krav i anskaffelsesreglene eller den konkrete anbudskonkurransen, men kravet må være i samsvar med de alminnelige anskaffelsesrettslige prinsippene.

Regjeringen og lovgiver har hittil ikke valgt å lovfeste eller regulere et krav om null avskoging, selv

om dette har blitt foreslått blant annet av Regnskogfondet og Natur og ungdom i høringsuttalelse av 10. februar 2017, knyttet til ny forskriftsbestemmelse om miljø i regelverket om offentlige anskaffelser, uten at dette etter vår vurdering er av avgjørende betydning i noen retning. Vi nevner samtidig at flere aktører, herunder Orkla, Soya-importøren Denofa og kraftfôrprodusentene Felleskjøpet, Norgesfôr og Fiskå har erklært at de praktiserer en innkjøpspolitikk basert på null avskoging, og vi forventer å finne enkelte eksempler på dette i nærmere undersøkelser av europeisk praksis.

For øvrige vises til drøftelsene av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet under kapittel 2.3.6.3g) ovenfor.

4.8 Er det mulig å be om at avskogingsdrivende råvarer skal kunne spores tilbake til produksjonsstedet?

Etter vår vurdering vil et slikt tiltak ikke være i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelse. Dette følger av vurderingen i del 2 A. Krav om sporing er ikke ukjent fra blant annet næringsmiddelanskaffelser, og har vært foreslått av flere aktører i den nylige høringen knyttet til ny forskriftsbestemmelse om miljø i regelverket om offentlige anskaffelser. Også her må det imidlertid gjøres en grundig vurdering opp mot formålsbestemmelsen i regelverket, kravets tilknytning til anskaffelsen og hvorvidt de grunnleggende prinsippene er ivarettatt ved et slikt eventuelt krav. For øvrige vises til drøftelsene av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet under kapittel 2.3.6.3g) ovenfor.

413 GPA art. V.

414 Fornybardirektivet art. 17.

Del 3 Hvilket handlingsrom har den enkelte innkjøper til å sikre seg mot at biodrivstoff ikke bidrar til å øke klimagassutslippene globalt?

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Regelverket om offentlige anskaffelser er utformet på bakgrunn av ønsket om å sikre fri konkurranse. Denne målsetningen vil kunne trues dersom det offentlige i deres innkjøp prioriterer andre og utenforliggende hensyn. Offentlige anskaffelser kan samtidig være et effektivt virkemiddel for å fremme miljø ved innkjøp av varer og tjenester til det offentlige og forsyningsvirksomhetene underlagt anskaffelsesreglene, og verken lov eller forskrift oppstiller noe direkte forbud mot at miljø vektlegges i ulike deler av anskaffelsesprosessen.

De sentrale skrankene for adgangen til å vektlegge miljø følger etter vår vurdering først og fremst av EØS art. 11 og forbudet mot restriksjoner mot fri bevegelighet av varer, samt av de grunnleggende prinsippene i EØS-anskaffelsesretten knyttet til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivene vil også oppstille enkelte begrensninger, som vi skal komme tilbake til nedenfor under drøftelsen av oppdragsgivers handlingsrom i de enkelte fasene av anbudskonkurransen.

Tronslin-utvalget utredet i NOU 1997:21 i hvilken utstrekning regelverket for statlige anskaffelser på en hensiktsmessig måte kunne benyttes for å oppfylle en del andre behov enn de rent anskaffelsepolitiske, og i nødvendig utstrekning fremme forslag til regler. Utredningens svar var at EØS-avtalen legger klare begrensninger på adgangen til å innføre samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser. Dette handlingsrommet er etter vår vurdering vesentlig utvidet ved EU-domstolens nyere praksis, de nye anskaffelsesdirektivene, samt endringene i miljøregelverket forøvrig. Dette vises blant annet i de grunnleggende prinsippene i direktiv 2014/24/EU artikkel 18.3, muligheten for innledende markedsundersøkelser (Art. 40/FOA §§ 8-1 og 12-1), miljømerking (Art. 43/FOA §§ 8-6 og 15-3), miljøledelsesstandards (Art. 62/FOA § 16 7), tildelingskriterier (Art. 67/FOA §§ 8-11 og 18-1) og livssyklus kostnader (Art. 68/FOA § 18-2).

Formålsbestemmelsene og anskaffelsesregelverkets økte fokus på miljø må etter vår vurdering ses i sammenheng med EUs endringer av miljøkrav og miljøhandlingsrom på tilgrensende områder.⁴¹⁵

Innledningsvis finner vi derfor grunn til å gjengi kort bakteppet for diskusjonen og regelverksutviklingen knyttet til vektlegging av samfunnshensyn, herunder miljø, i offentlige anskaffelser i Norge (se kapittel 1.2) og EU (se kapittel 1.3).

1.2 Miljøpolitikk og anskaffelsesdirektivene

EUs miljøpolitikk og EUs anskaffelsesregelverk har en rekke krysningspunkter, og det pågår en utvikling relevant for vår problemstilling langs minst tre akser. For det første har miljø en forankring i primærretten som har blitt forsterket etter Lisboa-traktaten.⁴¹⁶ Dette reflekteres etter vår vurdering også i EU-domstolens praksis knyttet til blant annet forholdsmessighetsvurderingen under EØS art. 13/TFEU art. 36. For det andre er sekundærretten i EU på miljørettens område i rask utvikling. Vi nøyer oss her med å nevne fornybardirektivet og ILUC-direktivet. For det tredje har miljø i større grad blitt integrert i EUs anskaffelsesregelverk. Revisjonen av EØS-anskaffelsesdirektivet var et virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for "smart, sustainable and inclusive growth". Dette er av betydning for hvilket handlingsrom staten tilstår under anskaffelsesregelverket til å legge vekt på miljøhensyn. Vi må her nøye oss med å påpeke enkelte grunnleggende poeng.

Direktivet legger opp til at medlemsstatene skal sikre at leverandørene overholder obligatoriske krav innenfor miljø, og uttaler som nevnt over at direktivet ikke er til hinder for tiltak som er nødvendige for å beskytte miljøet, såfremt disse er i overensstemmelse med TFEU.⁴¹⁷ Direktivene inneholder blant annet en overordnet bestemmelse som slår fast at medlemslandene skal treffe egnede tiltak for å sikre at miljøkrav, arbeidsrettslige krav og sosiale krav overholdes ved gjennomføringen av offentlige kontrakter, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2, forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 nr. 3. Ordet "miljø" nevnes videre 71 ganger i EØS anskaffelses-

415 Jf. blant annet Europaparlamentets nylige resolusjon 2016/2222/INI vedrørende palmeolje og avskoging av 4. april 2017 og rapport av 20. mars 2017 vedrørende det samme.

416 Se TFEU art. 3 ("The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe [...] aiming at [...] a high level of protection and improvement of the quality of the environment") og TFEU art. 11 ("Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development").

417 Se direktiv 2014/24/EU, fortalet, avsnitt 37, direktiv 2014/25/EU, fortalet, avsnitt 52 og direktiv 2014/23/EU, fortalet, avsnitt 55. Se også Prop.51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser, side 7.

direktiv 2014/24, som generelt uttaler følgende om betydningen av miljø i offentlige innkjøp:

“(95) It is of utmost importance to fully exploit the potential of public procurement to achieve the objectives of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth. In this context, it should be recalled that public procurement is crucial to driving innovation, which is of great importance for future growth in Europe. [...]” (våre understrekninger).

Direktivet legger videre opp til implementering av miljø i ulike faser av anskaffelsesprosessen ved at det er innført eller videreført en rekke bestemmelser om miljø, herunder:

- **Artikkel 18 nr. 2**
Medlemslandene skal treffe passende tiltak for å sikre at leverandørene overholder gjeldende lovgivning blant annet på miljøområdet når de gjennomfører kontrakter.
- **Artikkel 42 nr. 1 annet avsnitt**
Tekniske spesifikasjoner kan henvise til en bestemt produksjonsprosess eller metode for levering av forespurte ytelser, også når slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold.
- **Artikkel 42 nr. 3 bokstav a**
Tekniske spesifikasjoner kan angis som krav til ytelsen eller funksjonelle krav, herunder miljømessige egenskaper.
- **Artikkel 43**
Hvis oppdragsgivere skal anskaffe ytelser med spesifikke miljømessige eller sosiale egenskaper, kan han i de tekniske spesifikasjonene, tilde-
lingskriteriene eller kontraktsvilkårene kreve et bestemt merke (sertifikat) som bevis for slike egenskaper.
- **Artikkel 62**
Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater for ulike kvalitetsstandarder, inkludert universell utforming og miljø.
- **Artikkel 67 nr. 2**
Ved tildeling av kontrakt kan oppdragsgiver legge vekt på sosiale, miljømessige og innovative aspekter.
- **Artikkel 68 nr. 1 bokstav b**
Eventuell beregning av livssyklus-kostnader skal blant annet inkludere kostnader ved utslipp av

klimagasser og annen forurensning, og andre kostnader til klimatiltak.

- **Artikkel 70**
Kontraktsvilkårene kan omhandle innovasjon, miljø, sosiale forhold og arbeidsforhold.

Betydningen av miljø, slik understreket ovenfor, styrkes ytterligere av de uttalelser om miljø som gjenfinnes i EU-institusjonenes forberedende rettsakter i forbindelse med vedtakelsen av det nye anskaffelsesdirektivet, herunder parlamentshøringer, høring-suttalelser og medlemslandsdialog vedrørende miljø og miljøhensyn.⁴¹⁸

Oppsummert legger EUs anskaffelsesregelverk etter vår vurdering få direkte begrensninger på adgangen til å vektlegge miljø på ulike stadier i innkjøpsprosessen, forutsatt at dette skjer på en måte som er i samsvar med de grunnleggende reglene om fri bevegelse og ikke-diskriminering i EØS-avtalen.

1.3 Miljø og det norske anskaffelsesregelverket

En sentral lovendring ved den nye anskaffelsesloven som trådte i kraft 1. januar 2017 var bestemmelsen i ny § 5 om å ivareta blant annet miljø i offentlige anskaffelser. Bestemmelsen lyder i sin helhet som følger:

“Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Dette skal blant annet skje ved at oppdragsgiveren tar hensyn til livssyklus-kostnader.”

Bestemmelsen styrker den tidligere lovs § 6 som påla oppdragsgivere å ta hensyn til “miljømessige konsekvenser”. Denne opprinnelige bestemmelsen ble inntatt etter forslag fra Tronslin-utvalget som påpekte følgende:⁴¹⁹

“Det bør være et mål at offentlig sektors aktiviteter og arbeidsformer bidrar til en bærekraftig utvikling, når det gjelder ressursbruk, innkjøp, transport, byggevirksomhet o.l. Miljøhensyn ved offentlige innkjøp vil kunne påvirke innretningen av produksjonen og bidra til utvikling av nye, bedre og miljøvennlige produkter.”

Departementet fulgte opp forslaget og vurderte det som viktig at det ble tatt inn en bestemmelse om

418 Europakommisjonen, Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om offentlige innkjøp, 20.12.2011, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN> Se også Regionsutvalgets uttalelse, "Lovpakken om offentlige innkjøp", (2012/C 391/09), 18.12.2012, avsnitt 3 og avsnitt 21, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AR0099&from=EN> For en grundigere fremstilling av miljøhensyn i offentlige anskaffelser, se videre Sue Arrowsmith og Peter Kunzlik i *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*.

419 Se Nou 1997:21 Offentlige anskaffelser, kapittel 4.1.

miljø i regelverket.⁴²⁰ Den nærmere begrunnelsen var som følger:

"Dette vil innebære en oppfølging og konkretisering av de uttalelsene som er kommet i de to siste stortingsmeldinger vedrørende miljø. Ved at statlige oppdragsgivere etterspør miljøvennlige produkter og tjenester vil man kunne fremtvinge et større utvalg av mindre miljøbelastende og mer ressurs- og energieffektive varer og tjenester. Dette vil igjen kunne påvirke produksjons- og forbruksmønsteret i en mer bærekraftig retning. Økt fokus på miljøhensyn i innkjøpsprosessen kan også bidra til at det offentlige reduserer miljøproblemer som følge av egen virksomhet."

Når det gjelder valget mellom å lovfeste plikten til å hensynta ikke-økonomiske hensyn og hensynet til å få anskaffet varene/tjenestene til riktig pris og kvalitet, påpekte departementet følgende:⁴²¹

Etter departementets vurdering er enkelte samfunnsutfordringer så alvorlige at også anskaffelsesregelverket bør tas i bruk for å bidra til like konkurransevilkår, seriositet i leverandørmarkedet og en generell utvikling i ønsket retning. Departementet har i hovedsak prioritert arbeidet med å løse miljø- og klimautfordringene, kampen mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av internasjonale menneskerettigheter

Merknaden må etter vår vurdering forstås slik at departementet har ment å lovfeste en plikt til å hensynta miljøhensyn som skal kunne håndheves. Dette gir et handlingsrom til å innrette anskaffelsen ut fra miljøhensyn.

Det er i vurderingen av innkjøpers handlingsrom til å vektlegge miljø også naturlig også å se hen til de regelendringer som har skjedd på miljørettens område, og hvordan dette har gitt opphav til krav og endringer i andre offentligrettslige regler, se blant annet NOU 2013:10 Naturens goder – om verdier av økosystemtjenester og økt bruk av bioenergi, side 378 mv., samt regjeringens klimameldinger, senest St.meld.nr.41 (2016-2017), side 75 mv. Departementet planlegger for øvrig ny stortingsmelding våren 2018.⁴²²

1.4 Miljø i WTOS anskaffelsesregelverk

Selv om WTO-regelverket gir anvisning på de samme reglene for et generelt palmeoljeforbud og for den enkelte innkjøper, vil referanserammen i praksis være annerledes. Det vil være lettere å avgrense hvilke aktører som må sammenlignes med hverandre. Samtidig er det vanskeligere å vurdere hvor strenge krav som vil stilles til oppdragsgiver i den enkelte konkurransen.

I motsetning til tilfellet beskrevet i punkt 2 A – hvor spørsmålet var hvilke aktører som anses å være i samme situasjon ikke er klart innenfor WTO-regelverket, vil situasjonen være en annen for tiltak som gjelder en enkelt anbudskonkurranse. I stor grad vil sammenligningsgrunnlaget her gi seg selv – alle rettighetshavere etter Lov om offentlige anskaffelser § 3 som under normale omstendigheter ville kunne inngitt et tilbud vil være de som må sammenlignes med hverandre. Dersom en produsent oppfyller kvalifikasjonskravene som står i kontrakten vil han/hun i utgangspunktet kunne få tildelt kontrakt ved best tilbud. Dersom han/hun ikke får tilbud på grunn av et urimelig krav i anbudet, vil kravet være ulovlig etter GPA-avtalen.

I utgangspunktet har en oppdragsgiver adgang til å stille krav til at et produkt ikke skal være produsert på en måte som skaper negative miljøeffekter. Vi viser her til punkt 3.2.5. Samtidig forutsetter systemet i GPA-avtalen at en oppdragsgiver ikke kan foreta seg hva det måtte være bare ved å påberope seg miljøhensyn.

Som nevnt over er det knyttet usikkerhet til hvor stort handlingsrom GPA art. X(6) gir staten til å sette miljøkrav i den enkelte konkurranse. Dersom regelen er en tolkningsregel, er det landet som mener Norge har brutt avtalen som må godtgjøre at Norge har gått lengre enn det bestemmelsen tillater. Dersom den anses å være en unntaksregel, er det derimot Norge som har bevisbyrden for dette. I begge tilfeller skal det trolig mer til for å dokumentere at kvalifikasjonskrav i den enkelte konkurranse bryter med GPA-avtalen sammenlignet med en

420 Forenklingsutvalget vurderte ikke hvorvidt anskaffelsesregelverket kunne benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel miljøpolitiske hensyn. Utvalget foreslo derfor ingen nye regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, men utvalget, og da særlig utvalgets flertall, kom med noen kommentarer som er relevante for vurderingen av problemstillingen for denne utredningen. For det første understreket et samlet utvalg at "anskaffelsesregelverket ikke er eller skal være til hinder for å ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn". Utvalget viste til at direktiv 2014/24/EU fremhevet at det er tillatt å foreta vurderinger som går utover de rent anskaffelsesfaglige, på ulike stadier i anskaffelsen. For det annet ønsket utvalgets flertall ikke en formålsbestemmelse som direkte ivaretok miljø eller andre hensyn, eller direkte miljøkrav i regelverket. I stedet pekte utvalget, som Tronslin-utvalget, på at ikke-anskaffelsesfaglige hensyn bør fanges opp av relevante sektorbestemmelser. Dette er selvsagt ikke til hinder for at lovgiver nå gjør en annen vurdering av behovet for miljøregler i offentlige anskaffelser. For det tredje påpekte utvalget at en forening av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn med anskaffelsesfaglige hensyn, burde skje "på en standardisert og kvalitetssikret måte" ved at gode faglige miljøer som forstår både de anskaffelsesfaglige utfordringene og de aktuelle hensyn som eventuelt skal trekkes inn i anskaffelsesprosessen. (398) Endelig foreslo forenklingsutvalget å stryke anskaffelsesloven § 6 som blant annet gir oppdragsgiver en plikt til å hensynta miljømessige konsekvenser. Forslaget ble som det fremgår ovenfor ikke tatt til følge, men det er verdt å merke seg flertallets begrunnelse knyttet til at anskaffelsesregelverket ikke bør inneholde bestemmelser av "motiverende art", og at "regelverket uansett vil gi oppdragsgivere adgang til å vektlegge miljøhensyn på de ulike stadiene i en anskaffelsesprosess (ved beskrivelsen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget, ved kvalifisering av leverandører, i tildelingsfasen eller i kontraktsvilkårene)".

421 Prop. 51 L, s. 34.

422 <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/onsker-innspill-om-offentlige-anskaffelser/id2544197/>

generell regel som gjelder alle konkurranser. Dette vil imidlertid bero på faktum i den enkelte sak.

2 Oppdragsgivers handlingsrom knyttet til innkjøpsbeslutningen (kjøpe eller ikke kjøpe)

Handlingsrommet knyttet til innkjøpsbeslutningen kan brukes på ulike måter. Oppdragsgiver kan la være å kjøpe biodrivstoff overhodet, eller oppdragsgiver kan la være å kjøpe biodrivstoff basert på palmeolje, det vil si sette kvalifikasjonskrav eller kontraktskrav som ekskluderer leverandører som baserer biodrivstoffet på palmeolje. Problemstillingen her er knyttet til det førstnevnte. Adgangen til å stille krav eller på annen måte utelukke palmeolje fra anbudskonkurransen, behandles i forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 3 (kvalifikasjonskrav), kapittel 4 (kontraktskrav) og kapittel 5 (tildelingskriterier).

Det er antatt at reglene om offentlige anskaffelser får anvendelse fra før det offentlige går ut med en kunngjøring, allerede på planleggingsstadiet.⁴²³ Dette innebærer at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene i lovens § 4, men innebærer samtidig at hensynet til miljø er relevant å vektlegge i alle stadier i prosessen, også i beslutningen om innkjøper skal kjøpe eller ikke.

Vår vurdering er at EØS-avtalens regler om fri bevegelse på nærmere vilkår ikke begrenser statens adgang til å innføre et palmeoljeforbud, jf. del 2 A over. Av dette følger at EØS-avtalens regler om fri bevegelse etter vår vurdering heller ikke er til hinder for at den enkelte innkjøper lar være å kjøpe – eller forbyr innkjøp av – biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, forutsatt at dette kan forankres og dokumenteres på samme måte som staten kan forankre et palmeoljeforbud.

Vi nevner samtidig at det kan diskuteres hvorvidt den enkelte innkjøpers beslutning knyttet til å kjøpe eller ikke kjøpe er underlagt begrensninger i EØS-avtalens regler om fri bevegelse. EFTA-domstolen la i den såkalte Fagtun-avgjørelsen til grunn at en kontraktsbestemmelse inntatt i en islandsk byggetreprise etter kunngjøring knyttet til at takelementene skulle være fra Island, var et diskriminerende tiltak etter EØS art. 11.⁴²⁴ I Fagtun-saken var det imidlertid klart at tiltaket var direkte diskriminerende, og det er ikke uten videre gitt at det samme vil gjelde generelt for alle innkjøpsbeslutninger i individuelle anbudskonkurranser. Generaladvokat

Darmon drøftet i sak C-45/87 hvorvidt TFEU art. 30 generelt måtte avgrenses mot offentlige anskaffelser. Generaladvokaten bemerket at TFEU art. 30 måtte komme til anvendelse hvor offentlige anbudskonkurranser var nærmest den eneste avsetningsmuligheten, slik at forbudet i praksis var en indirekte, men nærmest absolutt innførselsbegrensning.⁴²⁵ I juridisk litteratur er det med henvisning til EU-domstolens avgjørelser i 'Keck' og 'Concordia Buss Finland' anført at individuelle innkjøpsbeslutninger ikke utgjør generelle tiltak som rammes av reglene om fri bevegelse. Slike innkjøpsbeslutninger er unntatt fra de begrensninger som følger av fri bevegelse-reglene.⁴²⁶

3 Oppdragsgivers handlingsrom knyttet til kvalifikasjonskrav eller kontraktskrav

Det anskaffelsesrettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver velger hva som skal anskaffes og hvilke krav som skal stilles til ytelsen som skal kjøpes. Disse beslutningene hører som det klare utgangspunkt under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Samtidig gir anskaffelsesreglene på nærmere vilkår både rett og plikt til å stille miljøkrav, jf. kapittel 1.3 over.

Det sentrale spørsmålet er om utformingen av kvalifikasjonskrav som tar sikte på å hindre eller redusere innkjøp av biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, vil kunne utgjøre en restriksjon av den frie bevegelse av varer etter EØS art. 11. Etter EFTA-domstolens avgjørelse i Fagtun-saken, synes det klart at art. 11 vil være til hinder for diskriminerende kvalifikasjonskrav. Det er noe mer uklart hvorvidt EØS art. 11 også rammer indirekte diskriminerende eller opprinnelsesnøytrale restriksjoner i enkeltanbud. Uavhengig av hvordan dette måtte stille seg, vil et kvalifikasjonskrav som er utformet som et generelt krav til avansert biodrivstoff eller et krav til ikke-palmeolje-basert drivstoff kunne være lovlig begrunnet etter EØS art. 13. Vi viser til drøftelsen ovenfor under kapittel 2.3.6.

EU-domstolen har i flere saker slått fast at en henvisning til en bestemt standard, type produkt, varemerke eller lignende uten at det tillates at produkter av samme kvalitet og beskaffenhet kan leveres, som utgangspunkt utgjør en restriksjon. I Dundalk-saken hadde den irske oppdragsgiver spesifisert at rørene som skulle brukes ved gjennomføringen av bygge- og anleggskonkurransen skulle være i overensstemmelse med "irish standard specification 188:1975".

423 Tidligere fremgikk dette av anskaffelsesloven (1999) § 6.

424 Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-5/98 av 12. mai 1999.

425 Se EU-domstolens sak 45/87, ECLI:EU:C:1988:329, premiss 37. EU-domstolen belyste ikke spørsmålet reist av generaladvokaten. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95105&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1206224>

426 Se blant annet Sue Arrowsmith, the law of public and utilities procurement, s. 240: "Is there a de minimis rule or a requirement for a general rule or practice? Court of Justice will probably be cautious over importing into the Treaty procedural obligations similar to those adopted in the procurement directive, even when these are concerned with removing barriers to access and facilitating competition". Se videre Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik, 2009, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, punkt 3, side 59.

EU-domstolen la til grunn at tiltaket virket diskriminerende, og at forskjellsbehandlingen kunne vært unngått ved å sette inn ordene “eller dermed likestilt” i kravspesifikasjonen.⁴²⁷

Dersom kvalifikasjonskravet utformes som et krav til ikke-palmeoljebasert biodrivstoff, bør dette som utgangspunkt være basert på at det kan dokumenteres at palmeoljebasert biodrivstoff er mer miljøskadelig enn ikke-palmeoljebasert biodrivstoff. Vi viser til merknadene ovenfor under del 2 A, kapittel 2.5 knyttet til dokumentasjonskravet. Alternativt bør oppdragsgiver ved utformingen av kvalifikasjonskravene åpne for at leverandøren kan dokumentere at biodrivstoffet oppfyller de samme miljøkrav som ikke-palmeoljebasert biodrivstoff. Kvalifikasjonskrav knyttet til avskogingspolicy, bærekraftkriterier, livssyklusberegninger eller lignende vil av de samme grunner enklere oppfylle nødvendighet- og proporsjonalitetsvilkåret.

For å sikre at kvalifikasjonskravet skal stå seg etter EØS-avtalens regler om fri bevegelighet og anskaffelsesreglene, må kvalifikasjonskravet utformes fra starten av. EU-domstolen og EFTA-domstolen har lagt til grunn at forbudet mot diskriminering og plikten til å skape gjennomsiktighet innebærer at oppdragsgiver som utgangspunkt ikke kan endre betingelser som han selv har fastsatt etter tilbudsfristens utløp.⁴²⁸ Dette gjelder ikke minst hvor endringen av kvalifikasjonskravet etter tilbudsinvitasjonen direkte eller indirekte vil kunne diskriminere mellom leverandører. Etter vår vurdering er det ikke avgjørende om kvalifikasjonskravet utformes som en behovsspesifikasjon, ytelsespesifikasjon eller teknisk spesifikasjon, så lenge kravet er miljømessig begrunnet og dokumentert.

Anskaffelsesrettslig vil oppdragsgivere etter vår vurdering ha et relativt stort spillerom, forutsatt at kvalifikasjonskravene ikke er i strid med EØS art. 11 eller i strid med likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesretten. Det følger av anskaffelsesforskriftens § 7-9 at oppdragsgiver kan stille miljøkrav og kriterier i alle trinn av anskaffelsesprosessen der det er relevant og knyttet til leveransen. Det kan stilles krav både til produksjonsprosessen og produksjonsmetoden for ytelsen.⁴²⁹

Miljøhensynene vil blant annet kunne ivaretas ved at det inntas krav til (miljøorienterte) livssyklus kostnader i kravspesifikasjonen og/eller ved at livssyklus kostnader inngår som ett av tildeling-

skriteriene. Dette følger av blant annet anskaffelsesforskriften § 15-1 (2) og (3) bokstav b, samt § 18-1 og § 18-2. Denne muligheten etter anskaffelsesreglene til å stille krav til livsløpsutslipp, støtter etter vår vurdering at dette kravet også kan nyanseres – og at anskaffelsesreglene ikke stiller krav til styrken eller graden av et slikt livsløpskrav. Livsløpskrav eller bærekraftkrav bør av hensyn til både EØS-retten (se over) og anskaffelsesforskriften § 15-1 (4) utformes på en nøytral måte, og kunne begrunnes i dokumenterbare miljøvirkninger dersom palmeoljebasert biodrivstoff møter absolutt utestengelse fra de aktuelle anskaffelser på grunn av utformingen av kvalifikasjonskravet.

Anskaffelsesrettslig vil det likevel måtte trekkes en grense mot krav som er for avledet og indirekte tilknyttet varen som skal anskaffes. Dette følger av kravet om tilknytning mellom kontraktsgjenstanden og konkurransegrunnlaget, og hensynet til konkurranse. I Kommisjonens tidligere retningslinjer (for anskaffelsesdirektivet), er dette uttrykt som følger:⁴³⁰

“[...] requirements which bear no relation to the product or the service itself, such as a requirement relating to the way in which an undertaking is managed, are not technical specifications within the meaning of the public procurement directives and cannot therefore be imposed. Thus, requirements concerning the use in a contractor's office of recycled paper, the application of specific waste disposal methods on the contractor's premises, or the recruitment of staff from certain groups of persons (ethnic minorities, disabled persons, women) would not qualify as technical specifications.”

Kommisjonens veiledning gjaldt før direktivet av 2004, men prinsippene vil fortsatt kunne ha relevans.⁴³¹ Et krav til produktets fremstillingsmåte vil etter vår vurdering ikke være prinsipielt i strid med tilknytningskravet eller likebehandlingskravet. Vi viser til hva som er sagt ovenfor om forankringen av bærekraft, arealbruk og klimagassutslipp i EUs miljøregelverk. Dette støttes også av at formålet og begrunnelsen for innkjøperes fokus på biodrivstoff i stor grad er knyttet til miljøhensyn.

I vurderingen av om kvalifikasjonskravet eller kontraktskravet er oppfylt, vil oppdragsgiver måtte følge reglene i direktivet (og forskriften) om dokumentasjon og egenerklæringer mv.⁴³² Det vil blant annet være enkelte begrensninger med hensyn til hvilke miljøstyringssystemer og miljøstandarder

427 Tilsvarende er lagt til grunn i EU-domstolens sak C-59/00, Vestergaard, ECLI:EU:C:2001:654, premiss 23.

428 Se EU-domstolens sak C-278/14.

429 Se Direktiv 2014/24, artikkel 42 vedlegg VI.

430 Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, OJ C 333, 28.11.2001, p. 27–41., premiss 25.

431 Se til støtte for dette Kommisjonens egne betraktninger og veiledning http://ec.europa.eu/environment/gpp/commission_guidance_en.htm

432 Se direktiv 2014/24/EC, foralen, premiss 40.

oppdragsgiver kan henvise til og legge vekt på etter direktivets artikkel 62.

Vi nevner for god ordens skyld at andre regelverk vil kunne legge begrensninger på adgangen til å stille miljøkrav ved utøvelsen av offentlig myndighet.

4 Tildelingskriterier i konkurransen

Vi skal i dette kapittelet drøfte hvilket handlingsrom oppdragsgiver har i tildelingsevalueringen til å vektlegge at leverandøren ikke benytter biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje.

Det finnes i utgangspunktet få saker fra EU-domstolen som avklarer hvilke skranker reglene om fri bevegelse og anskaffelsesreglene stiller for oppdragsgivers adgang til å fastsette tildelingskriterier basert på miljø. Etter vår vurdering vil det imidlertid langt på vei være en symmetri mellom de kvalifikasjonskrav og kontraktskrav oppdragsgiver kan stille basert på miljøhensyn, og de tildelingskrav oppdragsgiver kan stille basert på samme.

I del 2 ovenfor har vi konkludert med at EU-/EØS-retten ikke begrenser statens adgang til å innføre et palmeoljeforbud. Et 'fra det mer til det mindre'-synspunkt tilsier at der staten kan innføre et forbud begrunnet i klima- og miljøhensyn, må også den enkelte oppdragsgiver kunne sette tildelingskriterier hvor de samme hensyn vektlegges.

Etter vår vurdering er dermed EØS art. 11 ikke til hinder for at det legges vekt på klimagassutslipp, avskoging og livssyklus- eller bærekraftshensyn i tildelingskriteriene, forutsatt at dette skjer i samsvar med likebehandlingsprinsippet, proporsjonalitetsprinsippet og de øvrige grunnleggende kravene i anskaffelsesretten.

For å vurdere det nærmere innholdet av skrankene som følger av de grunnleggende prinsippene, må vi starte i bestemmelsene som oppsetter regelen for hvordan tildeling i offentlige anskaffelser skal gjøres, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 67 og FOA §§ 8-11 og 18-1 om tildelingskriterier.⁴³³

Av artikkel 67 nr. 1 følger at oppdragsgiver skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Hva som utgjør det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal ifølge direktivet artikkel 67 nr. 2 og FOA § 18-1 avgjøres basert på:

- pris,
- kostnader (basert på kostnadseffektivitetsberegning som for eksempel en beregning av livssykluskostnadsberegninger), eller
- forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

Artikkel 67 nr. 2 og FOA §§ 8-11 (2) og 18-1 (3) oppsetter en ikke-uttømmende⁴³⁴ liste over tildelingskriterier som kan være aktuelle i vurderingen av hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris/kostand og kvalitet. Som eksempel på tildelingskriterium angis miljø. Det er følgelig ikke tvil om at oppdragsgiver kan vektlegge miljø generelt i tildelingsevalueringen.

Spørsmålet er om oppdragsgiver kan vektlegge miljø mer konkret, herunder at leverandøren ikke benytter biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje.

For det første følger det som vilkår av EØS anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 3 og FOA §§ 8-11 (2) og 18-1 (4) at tildelingskriteriene skal ha "tilknytning til leveransen". FOA § 18-1 (4) oppsetter vurderingstemaet for tilknytningsvilkåret. Av bestemmelsen følger at:

"[t]ildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper". (Uthevet her).

Hvilke produkter biodrivstoff er basert på er et forhold som relaterer seg til produksjonsprosessen av biodrivstoffet. Dermed vil et tildelingskriterium, som belønner leverandører som tilbyr biodrivstoff som ikke er basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, ha tilknytning til leveransen. For det andre er det et vilkår at tildelingskriteriet ikke er så skjønnspreget at de gir oppdragsgiver "ubegrenset valgfrihet", jf. EØS anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 4, fortalen premiss (90) og FOA § 18-1 (5).

For det tredje stilles det krav til at tildelingskriteriet må være utformet på en tilstrekkelig klar måte, slik at alle tilbudsgivere kan være rimelig informert om hva som vil være av betydning ved tildelingen av kontrakten, jf. fortalen i EØS-anskaffelsesdirektivet premiss (90) fjerde avsnitt. Klarhetskravet kan kanskje sies allerede å følge av vilkåret om at tildelingskriteriene ikke må utformes på en så skjønnsmessig måte at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, jf. ovenfor.

For vurderingen av om et tildelingskriterium som vektlegger om leverandøren leverer biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, kan vi vise til to saker fra EU-domstolen hvor tildelingskriterier innenfor miljø ble godtatt.

433 Tilsvarende anskaffelsesdirektivet artikkel 67.

434 Fortalen premiss (92).

I EVN-Wienstrom-saken (C-448/01) kom EU-domstolen til at oppdragsgiver kan vektlegge et tildelingskriterium om hvorvidt elektrisitet som skal anskaffes er fremstilt fra fornybare ressurser.⁴³⁵ Vi kan også vise til EU-domstolens avgjørelse i Concordia Bus Finland (C 513/99), som vist til ovenfor i del 2 A kapittel 2.4. Oppdragsgiver hadde i denne saken oppsatt et tildelingskriterium som ga ekstra poeng til leverandører som kunne tilby busser som ikke oversteg et definert nivå av nitrogenoksid og støyutslipp. Tildelingskriteriet ble tillatt av EU-domstolen.

Vi kan også vise til juridisk litteratur hvor det uttales at oppdragsgiver må kunne favorisere leverandører som benytter kun fornybar energi i produksjonen.⁴³⁶

Overført til nærværende spørsmål taler de ovennevnte kilder i retning av at oppdragsgiver må kunne favorisere leverandører som ikke benytter biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje.

Forutsatt at oppdragsgiver formulerer tildelingskriteriet på en klar måte som ikke gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, er det vår vurdering at oppdragsgiver har en rett til å vektlegge i tildelingsevalueringen hvorvidt leverandøren benytter biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje.

Etter omstendighetene kan oppdragsgiver også ha en plikt til å vektlegge miljø i tildelingsevalueringen.

FOA § 7-9 som oppsetter en plikt for oppdragsgiver til minimering av miljøbelastning i offentlige anskaffelser. Bestemmelsen ble innført etter at Stortinget ba regjeringen ved anmodningsvedtak⁴³⁷ om å innføre krav om minimum 30 % miljøvekting ved alle offentlig anbud der det er relevant. Bestemmelsen trådte i kraft 1. mai 2017⁴³⁸. I § 7-9 står det:

“Oppdragsgiveren skal legge vekt på å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger ved sine anskaffelser og kan stille miljøkrav og kriterier i alle trinn av anskaffelsesprosessen der det er relevant og knyttet til leveransen. Der miljø brukes

som tildelingskriterium, bør det som hovedregel vektles minimum 30 prosent.”

Bestemmelsen gir oppdragsgiver en plikt til å vektlegge miljø der det er “relevant” og “knyttet til leveransen”.

Leser man bestemmelsen ordrett kan det synes som at ordlyden “relevant” sikter til de enkelte trinn i anskaffelsesprosessen. Det vil si at det skal tas hensyn til miljø i de trinn av anskaffelsesprosessen hvor det er relevant. Som nevnt ovenfor oppgis miljø som et eksempel på et tildelingskriterium i FOA §§ 8-11 og 18-1. Det ville derfor være “relevant” å vektlegge miljømessige hensyn i fasen/trinnet for tildelingsevaluering, dersom det er slik bestemmelsen skal forstås. Det er nok imidlertid ikke slik bestemmelsen er ment å forstås. Basert på regjeringens høringsnotat⁴³⁹ ser det ut til at “relevant” sikter til selve anskaffelsen og ikke det enkelte trinn i anskaffelsesprosessen. Hvorvidt det er relevant å bruke miljøhensyn i tildelingsevalueringen beror ifølge høringsnotat på en konkret vurdering.

Dersom vilkårene om relevans og tilknytning er oppfylt, vil følgelig oppdragsgiver ha plikt til å vektlegge miljø.

5 Særlig om statsstøtte – begrensning av handlingsrommet?

5.1 Overordnet

Som diskutert ovenfor under kapittel 2.4.1, er det uklart hvorvidt statsstøttereglene begrenser handlingsrommet for å gjennomføre tiltak som er lovlige etter EØS art. 13.

Samtidig er det uklart hvorvidt gjennomføringen av anbudskonkurranser som skjer i samsvar med EØS-anskaffelsesdirektivene, og dermed prinsippene om gjennomsiktighet, likebehandling, forretningsmessighet og transparens kan være i strid med statsstøttereglene. Grensesnittet mellom statsstøttereglene og anskaffelsesreglene har vært heftig debattert i juridisk litteratur, og det er uklart hvor langt statsstøttereglene går i å begrense handlingsrommet til offentlige oppdragsgivere som følger

435 Premiss 34 i dommen.

436 Sue Arrowsmith and Peter Kunzlik, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, 2009, side 403.

437 Vedtak 79, <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=63613>

438 <https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2017-04-20-484>

439 Se punkt 3 i høringsnotatet, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/ny-forskriftsbestemmelse-i-regelverket-om-offentlige-anskaffelser/id2520111/>

anskaffelsesreglene.⁴⁴⁰ Det finnes etter vår vurdering et betydelig argumentasjonsrom for å hevde at statsstøttereglene i liten grad begrenser offentlige oppdragsgivers handlingsrom hvor de ellers følger EØS-anskaffelsesdirektivene. Kommisjonens meddelelse om statsstøttebegrepet, og enkelte saker fra praksis, skaper likevel en betydelig uklarhet med hensyn til hvordan disse to regelsettene samvirker. Kommisjonen legger i meddelelsen til grunn at anbudskonkurranser kan utformes på en måte som innebærer støtte.⁴⁴¹ Fra praksis finnes flere saker hvor tildelingen av kontrakten etter anskaffelsesreglene har blitt funnet å utgjøre statsstøtte.⁴⁴²

Vi skal i det følgende forutsette at støttereglene kommer til anvendelse, og drøfte i hvilken grad støttereglene vil begrense den offentlige oppdragsgivers handlingsrom. Vilkårene for at det foreligger statsstøtte vil regulært være oppfylt ved offentlige anbudskonkurranser: Midlene som finansierer anskaffelsen er offentlige (statlige ressurser), kontrakten tildeles en eller flere bestemte aktører (selektivitet), tildelingen påvirker konkurransen (konkurransesvridning) og påvirker raskt konkurranseforholdene på tvers av landegrensene (samhandelsvirkning). Det gjenstående vilkåret er da spørsmålet om det foreligger 'en økonomisk fordel' ved tildeling av kontrakter etter anbudskonkurranser. Spørsmålet har vært gjenstand for betydelig debatt i EU.⁴⁴³ I Kommisjonens grønne bok om moderniseringen av EUs anskaffelsespolicy heter det således følgende:⁴⁴⁴

"public procurement policy must ensure the most efficient use of public funds. At the same time, this guarantee of purchases at the best price ensures a measure of consistency between EU public procurement policy and the rules in the field of

State aid, as it makes sure that no undue economic advantage is conferred on economic operators through the award of public contracts. Loosening the link with the subject-matter of the contract might therefore entail a risk of distancing the application of EU public procurement rules from that of the State aid rules, and may eventually run counter to the objective of more convergence between State aid rules and public procurement rules."

Vi skal i det følgende undersøke dette spørsmål med utgangspunkt i hvilke begrensninger støttereglene kan legge på oppdragsgivers frihet til å sette kvalifikasjons- eller kontraktskrav (kapittel 5.2) og oppstille tildelingskriterier (kapittel 5.3).

5.2 I hvilken grad begrenser statsstøttereglene oppdragsgivers handlingsrom til å sette kvalifikasjons- og/eller kontraktskrav knyttet til å begrense biodrivstoff basert på palmeolje?

Når oppdragsgiver oppstiller spesielle kvalifikasjons- eller kontraktskrav til oppfyllelsen, kan det i prinsippet innebære at oppdragsgiver ikke opptrer som markedsøkonomisk aktør (MEO), slik det er påkrevd under statsstøttereglene.⁴⁴⁵

Spørsmålet har gitt grunnlag for en del diskusjoner i juridisk litteratur,⁴⁴⁶ hvor et særlig relevant spørsmål er om en MEO overhodet vil legge vekt på sosiale og miljømessige kriterier, slik anskaffelsesreglene både tillater og til en viss grad forutsetter.⁴⁴⁷ Kommisjonen uttalte følgende i meddelelsen om statsstøttebegrepet hva gjelder kravet til utformingen av kriterier i anbudskonkurranser for å sikre at det ikke foreligger støtte:⁴⁴⁸

"When public bodies buy assets, goods and services, any specific conditions attached to the tender should

440 Se blant annet M Stempkowski and M Dischendorfer, 'The interplay between the E.C. Rules on public procurement and state aid' (2002) 11(3) PPLR NA47; A Bartosch, 'The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance - the Toughest Standard Applies?' (2002) 39 CMLR 551; J HMigar, 'The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC' (2003) 1 2(3) PPLR 109; PA Baistrocchi, 'Can the award of a public contract be deemed to constitute State aid?' (2003) 24(10) ECLR 510; S Arrowsmith, 'The Law of Public and Utilities Procurement' (2. utgave, London: Sweet & Maxwell, 2005) 302 flg. og av samme forfatter, 'The Law of Public and Utilities Procurement - Regulation in the EU and UK' (London: Sweet & Maxwell, 2014) 219 flg.; A Doern, 'The interaction between EC rules on public procurement and State aid' (2004) 13(3) PPLR 97; B Heuninckx, 'Defence procurement: the most effective way to grant State aid and get away with it... or is it?' (2009) 46(1) CMLR 191; A Sánchez Graells, 'Public procurement and State aid: reopening the debate?' (2012) 21(6) PPLR 205; WS Schoenmaekers, W Dev roe and N Phil Ipsen (eds) 'State Aid and Public Procurement in the European Union' (IDS Commune Europaeum 2014); M Kekelekis and K Neslein, 'Public procurement and State aid' in C Bovis (ed), 'Research Handbook on Public Procurement' (Edward Elgar, 2016) 452; mv.

441 Se meddelelsen premiss 93, 96 og 14.

442 Se blant annet Kommisjonens avgjørelse av 2. oktober 2002 hva gjaldt Londons offentlig-private samarbeid knyttet til undergrunnen N264/2002, C(2002)3578 og avgjørelse av 9. september 2004 knyttet til Project ATLAS bredbåndsinfrastruktur til forretningsparker, N213/2003, C(2004)1809 mv.

443 Se blant annet Dr Albert Sánchez Graells i Public Procurement Law Review, 2012, Public procurement and state aid: reopening the debate?; Sue Arrowsmith, 'The Law of Public and Utilities Procurement', 2nd edn (London: Sweet & Maxwell, 2005), side 219–232 og side 1268–1270.

444 GREEN PAPER on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market / * COM/2011/0015 final */. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0015>

445 Dette refereres gjerne til som "markedsinvestortesten". EU-domstolens sak C-234/84, Belgia mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:1986:302, premiss 14.

446 Se A Doern, 'The interaction between EC rules on public procurement and State Aid' (2004) 13(3) Public Procurement Law Review 97, sidene 113–115 og A Bartosch, 'The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance - the Toughest Standard Applies?' (2002) 39 Common Market Law Review 551, sidene 570–572.

447 Se GS Olykke, 'The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?' i GS Olykke and A Sanchez-Graells (red.), 'Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules' (Edward Elgar 2016) 146, s. 154–156.

448 Se meddelelsen, premiss 96.

be non-discriminatory and closely and objectively related to the subject matter and to the specific economic objective of the contract. They should allow for the most economically advantageous offer to match the value of the market. The criteria therefore should be defined in such a way as to allow for an effectively competitive tendering procedure."

Kommisjonen uttaler videre at kriteriene skal være *"closely and objectively related to the subject matter of the contract and to the economic objective of the contract."* Kommisjonen gir ingen eksempler på hvilke typetilfeller uttalelsen retter seg mot, og den kan i prinsippet gjelde både tekniske spesifikasjoner, kontraktsvilkår og tildelingskriterier. Begrepet *"tilknytning til kontraktens gjenstand"* er imidlertid definert i anbudsdirektivet (2014/24/EC) artikkel 6 nr. 3 som følger (gjelder for tekniske spesifikasjoner, kontraktsvilkår og tildelingskriterier):⁴⁴⁹

"Award criteria shall be considered to be linked to the subject-matter of the public contract where they relate to the works, supplies or services to be provided under that contract in any respect and at any stage of their life cycle, including factors involved in:

(a) the specific process of production, provision or trading of those works, supplies or services; or

(b) a specific process for another stage of their life cycle, even where such factors do not form part of their material substance."

Denne definisjonen favner i utgangspunkt vidt og er inspirert av EU-domstolens praksis,⁴⁵⁰ og det kan se ut til å være en mulig kollisjon mellom Kommisjonens meddelelse og EØS-anskaffelsesdirektivets definisjon. I alle tilfeller er det noe uklart hva Kommisjonen legger i *"related [...] to the economic objective of the contract"*, og hvorvidt dette referer til markedsinvestortesten eller noe mer og annet. Etter vår vurdering er det gode grunner til å tolke Kommisjonens meddelelse innskrenkende, slik at statsstøttereglene ikke stenger for at oppdragsgivere tar samfunnshensyn eller miljøhensyn, så lenge disse kan forankres i oppdragsgivers behov og anskaffelsesreglene.⁴⁵¹

For å sikre overensstemmelse med statsstøttereglene, vil det være en fordel om kravene utformes så konkret som mulig, da diskresjonære

krav lettere vil kunne lede til forskjellsbehandling og derved komme i konflikt med anskaffelsesreglene og markedsinvestorprinsippet.

5.3 I hvilken grad begrenser statsstøttereglene oppdragsgiveres handlingsrom til å oppstille tildelingskriterier som hensyntar hvorvidt biodrivstoffet er basert på palmeolje?

Det siste spørsmålet er om valg av tildelingskriterium, inkludert underkriterier, kan påvirke risikoen for tildeling av statsstøtte når innkjøpet følger anskaffelsesreglene. I utgangspunktet må det legges til grunn at både tildelingskriteriet *"laveste pris"* og *"beste pris-kvalitetsforhold"* vil kunne legge til rette for at leverandøren som leverer varen til best pris velges.⁴⁵² Derimot er det grunn til å understreke at statsstøttereglene vil forutsette at det innkjøpsfaglige skjønn knyttet til tildelingskriteriene begrenses på en fornuftig måte.⁴⁵³

I Kommisjonens meddelelse om statsstøttebegrepet uttrykkes det rettslige utgangspunktet som følger:

"[Public bodies] should allow for the most economically advantageous offer to match the value of the market. The criteria therefore should be defined in such a way as to allow for an effectively competitive tendering procedure which leaves the successful bidder with a normal return, not more. In practice, this implies the use of tenders which put significant weight on the 'price' component of the bid or which are otherwise likely to achieve a competitive outcome (e.g. certain reverse tenders with sufficiently clear-cut award criteria)."

Kommisjonen bekrefter dermed ikke overraskende at oppdragsgiver statsstøtterettslig ikke må velge *"laveste pris"*, men kan legge vekt på også andre kvalitetskriterier. Derimot er det noe mer uklart hvordan Kommisjonens reservasjon knyttet til at pris skal vektes betydelig, skal forstås. En slik restriktiv forutsetning om at pris må telle betydelig gjenfinnes ikke i EU-domstolens anskaffelsespraksis.⁴⁵⁴ Selv om pris gjennomgående vil telle mye i offentlige anbudskonkurranser, begrenser uttalelsen til Kommisjonen i meddelelsen om støttebegrepet skjønn til oppdragsgiver til å legge betydelig vekt på miljø, bærekraft og klimagassutslipp mv. En slik begrensnings samsvarer ikke med EØS anskaffelses-

449 Art. 67 (3) lest i sammenheng med Art. 42 (1) og Art. 70 i direktiv 2014/24/EC.

450 Se EU-domstolens sak C-368/10 Max Havelaar, ECLI:EU:C:2012:284 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-368/10>

451 Se Grith Skovgaard Ølykke, The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law. European State Aid Law Quarterly : EStAL; Berlin Vol. 15, Iss. 4, (2016) på side 522.

452 Se for eksempel A Sinnaeve, 'What's New in SGEI in 2012? - An Overview of the Commission's SGEI Package', (2012) 11 (2) EStAL på side 353 og P Nicolaides and I Rusu, 'Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It Not Eliminate Advantage?' (2012) 7(1) EPPPL 5, side 20.

453 Art. 67 (4) i anskaffelsesdirektivet kodifiserer i denne sammenheng EU-domstolens tidligere praksis ved å uttale at: *"[a]ward criteria shall not have the effect of conferring an unrestricted freedom of choice on the contracting authority. They shall ensure the possibility of effective competition and shall be accompanied by specifications that allow the information provided by the tenderers to be effectively verified in order to assess how well the tenders meet the award criteria. In case of doubt, contracting authorities shall verify effectively the accuracy of the information and proof provided by the tenderers."*

454 Se EU-domstolens sak C-448/01 EVN og Wienström, ECLI:EU:C:2003:651, premiss 39.

direktivene som har til hensikt å “enable procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals”.⁴⁵⁵ Etter vår vurdering må Kommisjonens uttalelse her tolkes innskrenkende, slik at det legges til grunn at oppdragsgiver ikke er avskåret fra å legge betydelig vekt på miljø, bærekraft og klimagassutslipp så lenge dette skjer på en måte som ikke innebærer favorisering, usaklighet eller manglende konkurranse i strid med grunnprinsippene i anskaffelsesretten. Dette har også støtte i de mål EU har satt i 2020-strategien, som er tilsvarende relevant i statsstøtteren.⁴⁵⁶

5.4 Oppsummering

Etter vår vurdering oppstiller statsstøtteren i mindre grad begrensninger utover hva som allerede følger av EØS art. 11 og EUs anskaffelsesdirektiv. Det sentrale for vurderingene i alle tre regelsett er at anskaffelsene, herunder valg av kvalifikasjonskrav, kontraktskrav, tildelingskriterier mv. gjøres på en objektiv måte som ikke diskriminerer rettslig mellom ulike leverandører. Hvor miljøkravene eller miljøhensynet leder til faktisk forskjellsbehandling, vil det avgjørende være at denne kan forankres i klart definerte og dokumenterbare miljøhensyn.

Vi presiserer samtidig at det basert på EU-kommisjonens meddelelse om statsstøttebegrepet kan være noe større grunn til å vise varsomhet med å bruke konkurranse med forhandling i kombinasjon med miljøkriterier, samtidig som det vil kunne være en fordel å unngå store innslag av skjønn. Det bør således vurderes om hensynet til miljø, bærekraft og klimagassutslipp bedre kan tas ved utformingen av kvalifikasjonskrav eller kontraktskrav enn tildelingskriterier.

6 Åpner anskaffelsesregelverket for å fastsette palmeoljeforbud i forskrift?

6.1 Innledning

Stortingets anmodningsvedtak av 2. juni 2017 sier at palmeoljeforbudet skal innføres i forskrift til lov om offentlige anskaffelser. For at regjeringen skal ha kompetanse til å innføre en slik forskrift, må loven ha en hjemmel som åpner for dette. I mangel av lovhjemmel må loven endres før en forskrift om palmeoljeforbud kan gis.⁴⁵⁷

Forvaltningen må ha et kompetansegrunnlag for å kunne gjøre inngrep i privates rettssfære. I mangel

av annet kompetansegrunnlag (som eksempelvis egen eiendomsrett eller samtykke fra den private part) kreves hjemmel i lov. Dette kravet om lovhjemmel ved inngrep kalles legalitetsprinsippet. Kravene til hjemmelens klarhet vil variere ut fra hva slags inngrep det er snakk om, hvor hardt det rammer og karakteren av de interesser som berøres.

Vi skal i kapittel 6.2 først gi en kort bakgrunn for hvilken kompetanse forvaltningen har til å gjøre inngrep overfor borgere i form av forskrift. På bakgrunn av dette vil vi i kapittel 6.3 vurdere om lov om offentlige anskaffelser inneholder hjemmelsbestemmelser som åpner for å innføre et palmeoljeforbud i forskrifts form for alle offentlige anskaffelser.

6.2 De generelle rammene for utforming av forskrifter

Forskrifter er vedtak forvaltningen treffer som bestemmer rettighetene og pliktene til et ubestemt antall personer.⁴⁵⁸ På samme måte som formelle lover, gjelder forskrifter generelt. I Norge er det Stortinget som er lovgivende makt.⁴⁵⁹ For at forvaltningen skal kunne vedta regler som gjelder generelt, må Stortinget derfor samtykke til dette. Slik samtykke gis ved at Stortinget vedtar lovbestemmelser som gir forvaltningen kompetanse til å vedta forskrifter. Slike lovbestemmelser kalles forskriftshjemler.

Hvorvidt forvaltningen kan utforme en regel i forskrifts form eller om lov må benyttes, avhenger av hvor inngripende tiltak det er tale om. Inngripende tiltak bør ifølge Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité være gjenstand for uttrykkelig beslutning fra Stortinget.⁴⁶⁰ I prinsippet er det imidlertid en vid adgang for Stortinget til å delegere forskriftsmyndighet til forvaltningen.⁴⁶¹

Kravet til hjemmel er viktigere dersom det er snakk om å gjøre inngrep mot private enn dersom forskriften gjelder forholdet mellom ulike offentlige organer. Jo mer inngripende vedtaket er, jo klarere må hjemmelen være.⁴⁶²

Det stilles generelt mindre strenge krav til inngrep av økonomisk art enn inngrep i borgernes fysiske integritet. Videre stilles det strengere krav til sanksjoner enn for forebyggende tiltak. På områder hvor de offentlige interessene som begrunner inngrep er

455 Direktiv 2014/14/EC, fortalens punkt 2.

456 Se EU-kommisjonens, EUROPE 2020 A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM(2010) 2020 final.

457 Graver, Hans Petter, Alminnelig Forvaltningsrett, fjerde utgave, 2015, s. 179. Se også forvaltningsloven § 38, som bruker betegnelsen “bestemmelser”.

458 Forvaltningsloven § 2 c).

459 Grunnloven § 49.

460 Regjeringen.no, Veiledning om lov- og forskriftsarbeid, Lovteknikk og lovforberedelse s. 23, med henvisning til Innst. S. nr. 296 (1995-96).

461 Graver, Hans Petter, Alminnelig Forvaltningsrett, fjerde utgave, 2015, s. 179.

462 Graver, Hans Petter, Alminnelig Forvaltningsrett, fjerde utgave, 2015, s. 81-87.

særlig tungtveiende, slik som miljøhensyn, er ikke kravet til hjemmel nødvendigvis like strengt.⁴⁶³

Dersom lov ikke kreves, blir spørsmålet om det finnes en forskriftshjemmel som gir adgang til å innføre forskriften. Svaret på dette beror på en tolkning av den aktuelle lovbestemmelsen.

Som beskrevet i utredningens punkt 2.3, begrenser EØS-avtalens regler om fri bevegelse hvilke tiltak norske myndigheter kan gjennomføre. I tillegg til kriteriene som er nevnt over, stiller EØS-retten krav om at inngripende vedtak må være utformet på en måte som gir de berørte parter mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.⁴⁶⁴ Reglene må være klare, presise og forutsigbare i sine rettsvirkninger. Dette gjelder spesielt dersom en regel kan ha bebyrdende virkninger for personer og virksomheter. Bestemmelser som gir forvaltningen en svært utstrakt myndighet til å utøve skjønn bør unngås.⁴⁶⁵

Etter vår vurdering er det ikke behov for å benytte lovs form for å innføre et generelt forbud mot bruk av palmeolje i forbindelse med offentlige anskaffelser. Bruk av forskrifter i anskaffelsesøyemed er ikke uforutsigbart – i praksis er store og viktige deler av anskaffelsesregelverket regulert gjennom anskaffelses- og forsyningsforskriften. Det er heller ikke slik at det foreligger behov for avklaringer med Stortinget, all den tid palmeoljeforbudet er initiert på bakgrunn av et anmodningsvedtak fra Stortinget.

Det sentrale spørsmålet blir derfor om lov om offentlige anskaffelser (eller annen relevant lovgivning) gir departementet tilstrekkelig hjemmel til å vedta en forskrift om palmeoljeforbud – både innen klassisk sektor og forsyningssektoren.

6.3 Rekkevidden av forskriftsadgangen i lov om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser har flere forskriftshjemler. LOA § 5 gir adgang til å gi forskrifter på miljøområdet. LOA § 16 gir en tilsynelatende generell forskriftsadgang. Vi har ikke identifisert andre forskriftshjemler i miljølovgivningen eller anskaffelseslovgivningen som synes å være aktuelle.

6.3.1 LOA § 5

Lovens § 5 gir departementet adgang til å utforme forskrifter om reduksjon av skadelig miljøpåvirkning og fremme av klimavennlige løsninger i anskaffelsesprosessen.

Det første spørsmålet er hva LOA § 5 åpner for at det gis forskrifter om. Lovens ordlyd er vidt formulert; dette tyder i utgangspunktet på at forvaltningen har vide fullmakter til å innføre forskrifter om miljø og anskaffelser.

Forskriftsbestemmelser om miljø og anskaffelser er allerede gitt i anskaffelsesforskriften § 7-9. Her pålegges oppdragsgivere å legge vekt på å *“minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger”* ved sine anskaffelser, og åpner for å stille miljøkrav og kriterier i alle trinn i anskaffelsesprosessen der det er relevant og knyttet til leveransen. En tilsvarende bestemmelse finnes i forsyningsforskriften § 7-9. Siden lov og forskrift har noenlunde lik ordlyd, gir ikke § 7-9 noen konkret anvisning på hvorvidt forskriftshjemmelen i LOA § 5 er ment å rekke.

Det fremgår av lovens forarbeider at § 5 *“blant annet”* skal brukes til gjennomføring av Norges internasjonale forpliktelser.⁴⁶⁶ Forarbeidene drøfter ikke i hvilke andre tilfeller hjemmelen kan brukes eller hvilke generelle begrensninger som gjelder for bruk av § 5, men legger til grunn at den nye loven åpner for å ta større hensyn til miljø enn tidligere.⁴⁶⁷ Så lenge det er snakk om tiltak som har til formål å redusere skadelig miljøpåvirkning eller fremme klimavennlige løsninger, og ellers vil oppfylle kravene til egnethet og proporsjonalitet, eksisterer det etter vår vurdering derfor neppe konkrete begrensninger for hva slags miljøtiltak departementet kan gi forskrift om.

Det andre spørsmålet er hvem en slik forskrift kan rette seg mot. Bestemmelsens første ledd viser til *“statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer”* i deres rolle som oppdragsgivere. Bestemmelsen åpner således ikke for å innføre forskrifter som rammer andre aktører enn disse, og heller ikke aktører i deres rolle som leverandører. Siden bestemmelsen viser til ulike pliktsubjekter i loven, er det naturlig å tolke loven dithen at andre subjekter i loven som ikke er nevnt, ikke kan være omfattet. Etter vår vurdering kan en forskrift etter LOA § 5 derfor ikke omfatte offentlige foretak som utøver forsyningsvirksomhet eller virksomheter som utøver forsyningsvirksomheter på bakgrunn av en særrett, jf LOA § 2 første ledd bokstav e og f, da disse er eksplisitt adskilt fra de øvrige organene i LOA § 2. Dette er formentlig også bakgrunnen for at forsyningsforskriften § 7-9 kun er gitt anvendelse for oppdragsgivere i forsynings-

463 Ibid.

464 Graver, Hans Petter, Alminnelig Forvaltningsrett, fjerde utgave, 2015, s. 83-84.

465 Haukeland Fredriksen, Halvard og Mathisen, Gjermund, EØS-rett, 3. utgave, 2018, s. 130 flg.

466 Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser s. 83.

467 Innst. 358 L (2015-2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) s. 9.

forskriften § 1-2 første ledd bokstav a til d, som tilsvarende LOA § 2 første ledd bokstav a til d.⁴⁶⁸

Offentligrettslig organ skal i denne sammenheng forstås som offentlig eide foretak som tjener “allmennhetens behov” og ikke er av “industriell eller forretningsmessig karakter”, jf anskaffelsesloven § 1-2. Begrepet “allmennhetens behov”, slik det fremkommer i anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd bokstav b, skal fortolkes vidt.⁴⁶⁹ Det sentrale spørsmålet er om selskapet ivaretar behov i samfunnet, fremfor juridiske eller enkeltpersoners interesse. Vanligvis er dette behov som dekkes på annen måte enn gjennom tilgjengeligheten av tjenestene på den åpne markedsplassen og som det offentlige selv ønsker å imøtekomme eller bevare en avgjørende innflytelse over, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende.⁴⁷⁰ Som eksempel vurderte det daværende Nærings- og energidepartementet Statkorn å tjene allmennhetens behov ved at selskapet var “satt til å sikre landets kornforsyning, holde beredskapslagre, drive prisutjevning, forvalte støtteordninger til landbruket mv. Disse forhold er ikke av forretningsmessig karakter, og er såvidt karakteristiske for Statkorns virksomhet at virksomheten totalt sett ikke anses å være av forretningsmessig eller industriell karakter”.

For å avgjøre om en virksomhet ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, må det foretas en konkret helhetsvurdering av konkurransesituasjonen, finansieringen av virksomheten, kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelsen av virk-

somheten.⁴⁷¹ Regjeringens veileder til reglene om offentlige anskaffelser nevner helseforetakene, Innovasjon Norge og NRK som eksempler på offentligrettslige organer.⁴⁷² Praksis fra KOFA og EU-domstolen viser at vilkårene tolkes vidt: Dersom det er snakk om å oppfylle infrastruktur eller vitale samfunnsoppgaver, vil virksomheten kunne være omfattet av regelverket. Dette endres ikke av at oppdragsgiver overdrar rettigheter og forpliktelser til en virksomhet som ikke omfattes av direktivene.⁴⁷³ I KOFA-sak 2006/12 ble et kommunalt eid aksjeselskap som hadde som formål å drive yrkesmessig

attføring av yrkeshemmede, ansett å falle utenfor definisjonen av offentligrettslig organ. Selv om foretaket ikke hadde fortjeneste som målsetning, ble driften ansett å være på forretningsmessige kriterier. Det ble blant annet lagt vekt på at bedriften måtte konkurrere om tilskudd.⁴⁷⁴ I

tilfeller hvor virksomheten fra starten av er organisert gjennom et foretak hvor det offentlige kun er minoritetsaksjonær, vil det heller ikke være snakk om et offentligrettslig organ.⁴⁷⁵

6.3.2 LOA § 16

Paragraf 16 gir departementet adgang til å gi forskrifter om blant annet “utfylling og gjennomføring av loven”, samt bestemme at “oppdragsgiver skal stille nærmere bestemte energi- og miljøkrav som har sitt utspring i EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler Norge er forpliktet av”.

Det fremgår av bestemmelsens forarbeider at “[h] jemmelen skal brukes til å gjennomføre EUs anskaffel-

468 Jf. også Prop.129 L (2015-2016), hvor det legges til grunn at LOA § 5 ikke gir tilstrekkelig hjemmel til å stille miljøkrav til oppdragsgivere som nevnt i LOA § 2 bokstav e og f.

469 Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (“Taitotalo”), premiss 41-45.

470 Jf. EU-domstolens avgjørelser i sak C-360/96 BFI Holding, premiss 50 and 51, C-260/99 Agorà and Excelsior, premiss 37, og C-373/00 Adolf Truley, premiss 50).

471 Jf. Taitotalo-saken premiss 59.

472 Regjeringen.no, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 2.1.2.1. fjerde avsnitt: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/sec4?q=suksessiv#id0012>

473 Se for eksempel KOFA-sak 2004/135 avsnitt 21, med henvisninger til C-399/98 (Scala) og C-44/96 (Mannesmann).

474 Avsnitt 30.

475 KOFA-sak 2010/1, avsnitt 36 flg.

sesdirektiver i norsk rett, men også til å innføre nasjonale prosedyreregler og krav til oppdragsgiverne.⁴⁷⁶

Bestemmelsens tre andre forskriftshjemler er konkret avgrenset. Disse gir departementet adgang til å gi forskrifter om oppsigelse av kontrakter, bruk av elektronisk faktura samt energi- og miljøkrav som har utspring i Norges internasjonale forpliktelser. Sistnevnte bestemmelse ble tilføyd den 21. april 2017, for å gi myndighetene hjemmel til å innføre miljøkrav også for oppdragsgivere nevnt i LOA § 2 første ledd bokstav e og f. Vilåret for å kunne anvende denne forskriftshjemmelen er at de aktuelle miljøkrav har sitt "utspring" i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. Det er i forarbeidene til bestemmelsen understreket at hjemmelsbestemmelsen også kan benyttes til å innføre miljøkrav som *"går lengre enn den aktuelle rettsaktens minimumskrav"*.⁴⁷⁷ Siden det er gitt en egen forskriftshjemmel for miljøtiltak i LOA § 5, vil det i utgangspunktet harmonere dårlig med lovens system å innføre forskrifter som går utover denne med grunnlag i LOA § 16, med mindre miljøkravene har "sitt utspring" i Norges internasjonale forpliktelser. Et eksempel på at LOA § 16 er blitt brukt som hjemmel for å stille miljøkrav også for oppdragsgivere omfattet av LOA § 2 bokstav e og f, er forskrift om energi- og miljøkrav ved kjøp av kjøretøy. Forskriften gjelder for alle oppdragsgivere både i klassisk sektor og forsyningssektoren, og går dermed lengre enn det LOA § 5 isolert sett ville gitt grunnlag for.⁴⁷⁸ Bakgrunnen for dette er at miljøkravene ble stilt for å implementere EU-regelverk.⁴⁷⁹ I det tilfellet var det imidlertid snakk om å implementere internasjonale forpliktelser, så det aktuelle eksemplet skiller seg fra spørsmålet om forskriftsfesting av et palmeoljeforbud.

6.4 Konkret vurdering av forskriftshjemmel for palmeoljeforbudet

Vår vurdering er at LOA § 5 åpner for å gi forskrift om et palmeoljeforbud. Hjemmelen i § 5 har imidlertid noen klare begrensninger som tilsier at departementet bør vurdere å fremme forslag om en ny forskriftshjemmel, eventuelt en endring av LOA § 16 fjerde ledd. Bestemmelsen i LOA § 16 fjerde ledd, slik den nå er utformet, gir etter vår vurdering ikke hjemmel til å gi en forskrift.

Den viktigste begrensningen i LOA § 5 er at bestemmelsen ikke åpner for å gi forskrift som rammer offentlig eide selskap som utøver forsyningsvirksomhet og forsyningsvirksomheter som opererer på bakgrunn av enerett. Denne begrensningen gjør for eksempel at LOA § 5 ikke kan benyttes som hjemmel for å innføre palmeoljeforbud for offentlige transportselskaper.⁴⁸⁰ Et palmeoljeforbud som ikke omfatter store deler av forsyningssektoren vil ikke være like effektivt og verdifullt i et miljøperspektiv, som et generelt forbud for både klassisk sektor og forsyningssektoren. Det er også en risiko for at et slikt avgrenset forbud ikke nødvendigvis vil anses egnet til å oppnå formålet med inngrepet. For å unngå en slik usikkerhet, kan den beste løsningen være å opprette en ny forskriftshjemmel som også gir grunnlag for å stille krav til forsyningsvirksomhet, eventuelt endre LOA § 16 fjerde ledd slik at den også gir hjemmel for å gi forbud mot innkjøp av biodrivstoff som inneholder palmeolje.

Den enkleste måten å utforme en slik forskriftshjemmel på, er å inkludere rettssubjektene som ikke allerede er nevnt i LOA § 5 i bestemmelsen, slik at også forsyningsvirksomheter som faller under LOA § 2(1) e) (offentlige foretak som utøver forsyningsvirksomhet) og f) (andre virksomheter som utøver forsyningsvirksomhet på grunnlag av en enerett eller særrett) omfattes. Alternativt kan det lages et nytt ledd i LOA § 5 som gir en generell forskriftshjemmel kun hva gjelder innkjøp av biodrivstoff.

Forskriften må utformes på en måte som ikke åpner for at forvaltningen kan utøve skjønn på en måte som er uforutsigbar. Et forbud mot biodrivstoff som inneholder palmeolje eller biprodukter av palmeolje, vil etter sin ordlyd være ganske spesifikk. For å sikre at skønnsutøvelsen ikke blir uforutsigbar, bør palmeolje og biprodukter av palmeolje defineres konkret, for eksempel ved å vise til hvilke plantetyper som vil være forbudt, nomenklaturer eller lignende.

Eventuelle unntaksbestemmelser bør ta i bruk objektive kriterier for å vurdere om et produkt faller utenfor forskriftens virkeområde. Slike kriterier kan for eksempel være dokumentasjon på at produktet ikke har ført til stort utslipp, deklarasjoner eller lignende.

476 Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser s. 88. Se også Innst. 358 L (2015-2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) s. 7.

477 Prop. 129 L (2015-2016) s. 4.

478 Paragraf 2 a).

479 Innst. 41 L (2016-2017) Innstilling fra transport- og kommunikasjonskomiteen om Endringer i yrkestransportloven og lov om offentlige anskaffelser (forskrift om miljøkrav).

480 Forsyningsforskriften § 1-6.

**ADVOKATFIRMAET
THOMMESSEN AS**

thommessen.no

OSLO

Haakon VIIs gate 10
PO Box 1484 Vika
NO-0116 Oslo
T +47 23 11 11 11
F +47 23 11 10 10

BERGEN

Vestre Strømkaien 7
PO Box 43 Nygårdstangen
NO-5838 Bergen
T +47 55 30 61 00
F +47 55 30 61 01

LONDON

Paternoster House, 2nd floor
65 St Paul's Churchyard
GB-London EC4M 8AB
T +44 207 920 3090
F +44 207 920 3099