

Rapport nr. 2/2013

Er oljefondets tjæresandinvesteringer ulovlige?

EN JURIDISK UTREDNING OM OLJEFONDETS
INVESTERINGER I SELSKAPER SOM UTVINNER
OLJE FRA KANADISK TJÆRESAND.

Advokat Cathrine Hambro

Wahl-Larsen Advokatfirma

INNHOOLD

- 3** FORORD
Klima som rettsområde
- 4** INNLEDNING
- 5** AVGRENSNING TIL RETTSLIGE PROBLEMSTILLINGER
- 6** SAMMENDRAG
- 8** SPU OG INVESTERINGER I KANADISK TJÆRESAND
- 18** RETTSREGLER SOM VERNER OM KLIMAET
- 25** ER FORHOLD VEDRØRENDE SPUS INVESTINGER I TJÆRESAND I STRID MED BINDENDRE RETTSREGLER?
- 29** KONKLUSJON
- 30** FORSLAG OM Å FREMME NYE LOVBESTEMMELSER VEDRØRENDE STATENS PENSJONSFOND UTLANDS INVESTINGER

Forfatter: Cathrine Hambro, advokat i Wahl-Larsen Advokatfirma.

Bidragstyttere: Hanne Torkelsen, advokat i Wahl-Larsen Advokatfirma.

Ferdigstillelse: 23. august 2013.

Grafikk og design: Haltenbanken as

Utgiver: Norsk Klimastiftelse

Norsk Klimastiftelse

NORWEGIAN CLIMATE FOUNDATION

Norsk Klimastiftelse ble opprettet i 2010. Stiftelsen arbeider for kutt i klimagassutslippene gjennom overgang til fornybar energi og andre lavutslippsløsninger. Stiftelsen er basert i Bergen og har støtte fra et bredt nettverk i næringsliv, akademia, organisasjoner og offentlige institusjoner. Stiftelsens styre ledes av Pål W. Lorentzen.

Norsk Klimastiftelse
Postboks 843 Sentrum,
5807 Bergen
www.klimastiftelsen.no

Norsk Klimastiftelse støttes av:



FORORD

KLIMA SOM RETTSOMRÅDE



PÅL W. LORENTZEN

Styreleder i Norsk

Klimastiftelse

For cirka tre år siden møtte jeg for første gang klimaforskeren Jim Hansen. Han koblet meg med en rekke amerikanske advokater og jurister som arbeider med å forberede søksmål mot myndighetene, og gav meg mye litteratur om klima og juss.

USA – og andre land med Common Law eller Civil Law – bygger i stor grad sin rettstradisjon på romerretten. I disse landene finner man et rettsinstitutt som heter «The Public Trust Doctrine». Doktrinen forutsetter at staten forvalter naturen på vegne av det enkelte individ – «on trust» - og den gir nå grunnlag for en rekke søksmål i USA. Myndighetene anklages rett og slett for unnfalleshet i klimasaken.

Norge har ikke noe som ligner «The Public Trust Doctrine». Derimot vedtok Stortinget – enstemmig – i 1992 en ny miljøbestemmelse i Grunnlovens paragraf 110 b. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er å oppfatte som

kan altså fastslå at det også i norsk rett gjelder overordnede rettslige prinsipper – i vårt tilfelle i Grunnloven – som beskytter miljøet – også for kommende generasjoner.

I Norge er det nokså nytt at klimafeltet ikke bare beskrives som et politikkområde, men også som et rettsområde, der rettslige argumenter kan trekkes inn. Men for at ikke disse spørsmålene bare skulle bli behandlet på et overordnet og teoretisk plan, bestemte vi i Norsk Klimastiftelse oss for å jobbe konkret ved å identifisere mulige enkeltsaker, av relevans og betydning for klimautviklingen, som man kunne sette inn i en rettslig kontekst.

Oljefondets investeringer i tjæresandselskaper ble da det området som for oss lå nærmest, og dette har dannet grunnlaget for det oppdrag vi har gitt til advokat Cathrine Hambro.

God lesing! ■

“Vi kan altså fastslå at det også i norsk rett gjelder overordnede rettslige prinsipper – i vårt tilfelle i Grunnloven – som beskytter miljøet – også for kommende generasjoner”

en forpliktende rettslig norm for storting og regjering. Bestemmelsen har vært lite påaktet og av mange oppfattet som en programerklæring – hva den definitivt ikke er. Bestemmelsen stiller også opp krav til saksbehandling. Vi

1. INNLEDNING

Vi har fått i oppdrag fra Norsk Klimastiftelse (NK) å vurdere hvorvidt det kan etableres grunnlag for søksmål mot staten der Statens pensjonsfond utlands (SPUs) investeringer i kanadiske tjæresandprosjekter problematiseres. Siktemålet er å oppnå at slike investeringer på grunn av sine negative klimaeffekter avvikes.

Ved utgangen av 2012 hadde SPU investert 55 milliarder kroner i 20 selskaper som utvinner olje fra kanadisk tjæresand. Dette tilsvarer ca 1,5 % av fondets totale investeringer ved utgangen av 2012. Samlede investeringer utgjorde da kr 3 816 milliarder.

I dialog med NK har det også vært diskutert om søksmål mot staten også kan tenkes i relasjon til utvinningstillatelsene på norsk sokkel, spesielt i relasjon til områder i Barentshavet. Tanken er at slike tillatelser på grunn av sine negative klimaeffekter, og andre negative miljøfaktorer, kan kjennes ugyldige. Utvikling

av nordområdene ligger frem i tid, og av den grunn er det i denne omgang fokusert på SPUs virksomhet.

I punkt 4 redegjøres det blant annet for hva tjæresand er og hvorfor slike prosjekter har en vesentlig verre klimaeffekt enn andre former for industri som også har negativ klimaeffekt. Denne delen av notatet er i det vesentlige skrevet av NK selv.

I punkt 4 gis også en faktisk redegjørelse for SPU.

I punkt 5 gis en oversikt over de rettskilder som verner miljøet og klimaet og de regler som gjelder for SPU.

I punkt 6 drøftes hvorvidt SPUs investeringer i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand er i strid med bindende norske rettsregler. Dette kan utvides til også å omfatte andre fossile energikilder, som f.eks. kull og konvensjonell råolje, men i dette notatet har vi begrenset oss til kun å omtale investeringer i kanadisk tjæresand.

Flere av de rettslige spørsmål som drøftes i pkt 6 har relevans også for andre investeringer enn investeringene i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand.

Twistelovens prosesskrav drøftes ikke i dette notatet. ■



Av Cathrine Hambro

Cathrine Hambro er advokat og partner i Wahl-Larsen Advokatfirma. Hennes spesialområde er energijuss, miljørett og forretningsjuss. Hambro leder Advokatforeningens lovutvalg for miljørett og har i en årrekke vært utpekt som en «leader in the field» i The International Who's Who of Business Lawyers.

Foto: Lasse Berre

¹ NBIMs årsmelding for 2012, tilgjengelig på www.nbim.no

2. AVGRENSNING TIL RETTSLIGE PROBLEMSTILLINGER

Et søksmål må inneholde en påstand med et klart rettslig innhold, det vil si at påstanden må vedrøre et rettskrav. «NN dømmes til å betale erstatning til YY» er f eks en påstand vedrørende et rettskrav.

Gjelder det et forvaltningsvedtak, kan påstanden være at vedtaket kjennes ugyldig. Dreier det seg om statens adferd på andre områder, kan påstanden gå ut på at staten må tåle, gjøre eller unnlate noe. Dette vil være rammen for et eventuelt søksmål.

I det videre arbeid med å utrede faktum og juss, er det viktig å fokusere på forhold som kan gi grunnlag for påstand vedrørende et rettskrav. Forhold som er politisk interessante, men som ikke kan rettsliggjøres ved hjelp av gjeldende norske regler, er mindre relevante. For å få dom mot staten må det påvises at investeringene i kanadiske tjæresandprosjekter er i strid med gjeldende norsk regelverk.

Som gjennomgangen under vil vise, er regelverket vedrørende SPU begrenset og den del av dette som kan hevdes å ha med klimahensyn å gjøre er vagt. Dette er bakgrunnen for at vi under punkt 8 foreslår at NK fremmer forslag om endring av lov om Statens pensjonsfond utland, slik at det der inntas plikt til å gjøre klimavurderinger før investeringer foretas, eventuelt at SPUs midler ikke kan investeres i selskaper som utvinner olje fra tjæresand. ■

3. SAMMENDRAG

► I forbindelse med et søksmål relatert til SPUs investeringer i selskaper som utvinner olje fra kanadisk tjæresand må det fokuseres på å utvikle rettslige resonnementer som i mediebildet og ellers først og fremst fremstår som politiske temaer. Det er nødvendig å nedlegge en påstand som tilfredsstillende tvistelovens krav til at søksmålet vedrører et rettskrav.

► NK og liknende organisasjoner vil mest sannsynlig ha partsevne, det vil si at organisasjonen vil kunne være saksøker i en sak av den typen som diskuteres her.

► Et viktig funn i vårt arbeid er at regelverket rundt SPU er slik utformet at det er få klare rammer for forvaltningen av SPUs midler i formell lov. Reglene vedr SPU er sentrale i de vurderinger som gjøres, men må suppleres med andre regler som ikke spesifikt vedrører SPU.

► En sentral spørsmålsstilling er om aksjene i tjæresandselskapene er ervervet i strid med lov om SPU og eventuelt med Finansdepartementets mandat for forvaltningen av Statens pensjonsfond utland, jf pkt 4.5.2. En annen spørsmålsstilling er om staten ved Finansdepartementet kan pålegges å utelukke eller å vurdere å utelukke selskaper som produserer olje fra tjæresand fra SPUs investeringsunivers, jf punkt 6.2.

► Et tredje spørsmål er om mandatet til SPU er delvis ugyldig eller ulovlig, jf punkt 6.3. En slik anførsel er dels forankret i lov om SPU og dels i andre regelsett enn de regler som vedrører SPU direkte: Mandatet er slik utformet at det har muliggjort investeringer i tjæresandselskaper hvis virksomhet medfører vesentlig miljøska-

de. Dette innebærer at lovregler som skal sikre at vesentlig miljøskade forhindres, ikke er tilstrekkelig ivaretatt i mandatet. Regler som skal sikre at vesentlig miljøskade ikke oppstår finnes blant annet i Grunnloven 110 b, naturmangfoldloven, og i Norges konvensjonsforpliktelser. En vesentlig del av dette dokumentet omhandler disse reglene. Ved et eventuelt søksmål er det nødvendig å videreutvikle resonnementet rundt flere av de rettsgrunnlag som omhandles.

► Et viktig ledd i resonnementet i et søksmål er at produksjon av olje fra tjæresand medfører vesentlig miljøskade. Dette er et faktisk forhold som må bevises for domstolen. Vi har så langt lagt til grunn at det kan føres bevis for dette, og har ikke foretatt noen egen vurdering av bevissituasjonen. Dersom det kan anføres at produksjon av olje fra tjæresand ville vært ulovlig dersom den ble foretatt i Norge (lisens/tillatelse ville ikke vært gitt,) er dette viktig å få frem. Å vurdere hvor sterk bevissituasjonen er, er i de fleste tilfeller svært viktig når det tas stilling til om et søksmål skal tas ut.

► NK og andre rettssubjekter har trolig rett til miljøinformasjon vedrørende tjæresandselskapenes virksomhet i henhold til miljøinformasjonsloven. Dersom Finansdepartementet hevder at forhold vedrørende SPU faller utenfor miljøinformasjonslovens område eller av andre grunner ikke vil gi slik informasjon, kan departementet saksøkes med påstand om at departementet plikter å gi miljøinformasjon vedrørende navngitte selskaper innen en viss frist. Et positivt utfall vil være at NK etter hvert får

miljøinformasjon vedrørende tjæresandselskapenes virksomhet. Den informasjonen som fremkommer, vil kunne bidra til å klargjøre om det er mulig å bevise at tjæresandvirksomheten medfører vesentlig miljøskade.

► Regelverket vedrørende SPU er som nevnt slik utformet at det er få rammer i formell lovvedrørende forvaltningen av SPUs midler. Dette gir stor politisk frihet til den til enhver tid sittende regjering. Hensyntatt de enorme midlene SPU forvalter, er fraværet av rammer i formell lov påfallende. Det kan vurderes å foreslå en endring av lov om SPU slik at en del skranker for investering av SPUs midler som i dag finnes i blant annet de etiske regler for oljefondet inntas i lov om SPU. Samtidig bør det foreslås tydeligere skranker med hensyn til miljø og klima. Mange av de skrankene som i dag finnes i nevnte retningslinjer er etter sitt innhold av lovs karakter. Demokratihensyn kan derfor anføres til støtte for at skrankene tas inn i loven samtidig som de utvides og strammes inn blant annet for å tydeligere ivareta miljøhensyn (og andre hensyn). Strengere lovregulering av hvilken type selskaper SPU ikke kan være investert i, vil kunne gjøre det enklere å reise fremtidige søksmål vedrørende lovligheten av konkrete investeringer. Finansdepartementet har gitt et utvalg i oppgave å se på blant annet hvorvidt de etiske regler for SPU fungerer etter hensikten, jf punkt 4.5.3 nedenfor. Det er naturlig å koordinere tidspunktet for når et mulig lovforslag fremmes med dette utvalgets arbeid. ■

4. SPU OG INVESTERINGER I KANADISK TJÆRESAND

4.1 KORT OM FONDET

SPU (ofte referert til som Oljefondet) ble etablert i 1990. Kapitalen i fondet består av inntekter fra petroleumsutvinningen i Norge, og løpende tilføres nye midler som stammer fra denne inntektsstrømmen. I tillegg til direkte inntekter fra salg av petroleum, inngår blant annet skatteinntekter fra petroleumssektoren, CO₂-avgift og NO_x-avgift.

Formålet med opprettelsen av fondet var og er å sikre midler til folketrygdens økende fremtidige pensjonsutbetalinger, samt at langsiktige finanspolitiske hensyn ivaretas ved bruk av statens petroleumsinntekter. Et overordnet mål er å unngå negative effekter av de store petroleumsinntektene i fastlandsøkonomien. For å hindre at fastlandsøkonomien overopphetes, investeres midler fra fondet utelukkende i utlandet. Et annet mål med etableringen av SPU er å skjerme verdiene fra norsk petroleumsutvinning for effekten av varierende oljepriser.

Eier av fondet er staten ved Finansdepartementet. Fondet som sådan er intet annet enn et kroneinnskudd i Norges Bank, jf punkt 4.5.2 nedenfor. Finansdepartementet har gitt Norges Bank Investment Management (NBIM), som er en avdeling i Norges Bank, i oppgave å forvalte SPU. I henhold til NBIMs hjemmeside eier Finansdepartementet fondet «på vegne av det norske folk.» Terminologien «på vegne av det norske folk» kan forstås i retning av at staten ved Finansdepartementet har en slags fullmakt fra folket til å forvalte midlene.

Finansdepartementet oppnevner Etikkrådet for SPU. Etikkrådet er et uavhengig råd som gir anbefalinger til Finansdepartementet om

å utelukke selskaper fra fondets «investeringsunivers» eller sette selskaper til «observasjon» for mulig senere utelukkelse. Slike anbefalinger kan så vidt vi forstår gis både for selskaper SPU har investert i og selskaper SPU ikke er investert i. Utelukkelsesbeslutninger kan også reverseres. I hvilken grad Etikkrådets undersøkelser eller eventuelle undersøkelser Finansdepartementet selv foretar (hvis det gjøres) skjer systematisk og i forkant av at investeringer gjøres, vet vi ikke. Etikkrådet utgir hvert år årsmelding der det redegjøres for de vurderinger som er gjort. Terskelen for utelukkelse er svært høy. I brev av 17. juni 2013 til NK opplyser Etikkrådet at klimahensyn alene ikke kan begrunne utelukkelse fra SPUs investeringsunivers, og det fremkommer at Etikkrådet først og fremst vurderer lokale miljøproblemer samt om det enkelte selskap driver lovlig i forhold til sitt lands virksomhet.²

SPUs midler investeres i internasjonale aksjer, renteinstrumenter og eiendom. I det følgende er det kun aksjeinvesteringene i selskaper som utvinner olje fra kanadisk tjæresand som er gjenstand for vurdering.

SPU er et av verdens største investeringsfond. Dette innebærer at SPUs investeringer vil kunne påvirke aksjekursen til de selskapene fondet kjøper og selger aksjer i. SPUs signaleffekt er også betydelig. Disse forhold har betydning for hvordan SPU kan agere for eksempel ved nedsalg. Raske nedsalg fra SPUs side kan eksempelvis eksponere verdiene i uforsvarlig stor grad.

² I I første kvartal 2012 solgte fondet seg ut av 23 selskaper som ikke produserte palmeolje på en bærekraftig måte. Ekskluderingsene kommer ikke som følge av en anbefaling fra Etikkrådet for Statens pensjonsfond utland. Det er NBIM som har truffet denne beslutningen, innenfor det handlingsrommet NBIM har. Beslutningen er omtalt i årsrapport for SPU for 2012 på side 35.

4.2 HVA ER TJÆRESAND OG HVORDAN UTVINNES OLJE FRA TJÆRESAND?

Tjæresand er en blanding av sand, leire, vann og bitumen³. Til forskjell fra konvensjonell råolje er tjæresand seigtflytende, nesten fast i formen (høy viskositet)⁴. Det er fordi oljens lettere komponenter har fordampet eller blitt spist opp av bakterier som lever på grunne reservoarer.

Utvinning av olje fra tjæresand har langt høyere utslipp av klimagasser enn utvinning av konvensjonell råolje. Økt tjæresandutvinning, slik det nå planlegges og investeres i i Canada, er en trussel mot togradersmålet, jf nedenfor om dette. En av USAs fremste klimaeksperter, Dr. James E. Hansen, mener det vil være «game over» for klimaet om de planene som finnes for økt tjæresandproduksjon i Canada realiseres.⁵

Utvinning av tjæresand kan skje på to måter:

1) Utvinning fra dagbrudd («surface mining»): Man graver ut tjæresand og skiller sand fra olje med varmt vann. Utvinning fra åpne dagbrudd krever store mengder vann som skal varmes opp, og det trengs mye energi til oppvarming.

2) Utvinning på stedet («in situ»): Man varmer opp oljen nedi bakken ved å injisere damp. Når oljen når cirka 200-300 grader blir den så lettflytende at den kan tas ut fra en brønn. Denne metoden krever mindre vann enn utvinning fra dagbrudd, men den er mer energikrevende. Dampen som injiseres kommer fra brenning av olje eller gass.

80 prosent av den utvinnbare tjæresanden er lokalisert mer enn 70 meter under bakken, og må derfor utvinnes ved bruk av «in situ»-teknologi.⁶

Selv om klimagassutslippene fra et tjære-

sandprosjekt til et annet kan variere ut fra forskjeller i teknologi, praksis og tjæresandkvalitet, er tjæresand betydelig mer karbonintensiv enn konvensjonell olje. Det skyldes fremfor alt at utvinning, enten det skjer fra dagbrudd eller «in situ», er svært energikrevende.

Det er gjort flere studier av de totale livløpsutslippene fra tjæresand. En analyse fra 2013 utført av utredningstjenesten i den amerikanske kongressen, The Congressional Research Service (CRS), konkluderer med at klimagassutslippene fra olje utvunnet fra kanadisk tjæresand er 14 -20 prosent høyere enn utslippene fra olje tatt ut av konvensjonell råolje i USA og Canada.⁷

En EU-studie fra 2011, utført av Adam Brandt ved Stanford University, slår fast at drivstoff fra tjæresand har en karbonintensivitet (her: mengde CO₂ per energienhet) som i snitt er 23 prosent høyere enn drivstoff fra konvensjonell olje⁸. Brandts studie har blitt brukt av EU-kommisjonen i arbeidet med å utarbeide et forslag om å merke drivstoff fra tjæresand som «ekstra karbonintensivt».⁹

De største tjæresandreservene i verden finnes i Alberta, Canada. De oppdagede reservene her er estimert til 170 milliarder fat.

Tjæresandproduksjonen i Alberta, som først og fremst skjer i områdene Athabasca, Cold Lake og Peace River, øker nå fra år til år. Produksjonen på 1,7 millioner fat per dag i 2011 er planlagt å øke til 3,7 millioner fat per dag i 2021¹⁰. Dette gir også høyere klimagassutslipp.

Mens tjæresandproduksjonen i Canada stod for 48 millioner tonn CO₂-ekvivalenter

³ Bitumen er en svart, seig hydrokarbon som i noen grad forekommer naturlig, men som oftest er fremskaffet som restprodukt etter destillasjon av råolje, hvor den fremstår som den tyngste fraksjonen med høyest kokepunkt (kilde: Wikipedia).

⁴ <http://www.forskning.no/artikler/2012/oktober/335322>

⁵ <http://www.nytimes.com/2012/05/10/opinion/game-over-for-the-climate.html>

⁶ <http://www.bp.com/sectiongenericarticle.do?categoryId=9036694&contentId=7067647>

⁷ <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42537.pdf>

⁸ Brandt, A.R. (2011). Upstream greenhouse gas (GHG) emissions from Canadian oil sands as a feedstock for European refineries. Prepared for European Commission.

⁹ <http://www.reuters.com/article/2013/01/30/eu-canada-tarsands-idUSL5N0AYFFA2013013010> <http://www.energy.alberta.ca/oilsands/791.asp>

¹⁰ <http://www.energy.alberta.ca/oilsands/791.asp>

(Mt CO₂e) i 2010, vil disse utslippene i følge kanadiske myndigheter øke til 104 Mt CO₂e i 2020.¹¹ Til sammenligning utgjorde de norske klimagassutslippene 53,4 Mt CO₂e i 2011.

I IEAs World Energy Outlook 2012 adresseres spørsmålet om hvor mye tjæresand som kan utvinnes dersom den globale oppvarmingen skal begrenses til to grader. I det IEA kaller «New Policies», et scenario som legger til grunn en gjennomsnittlig temperaturøkning på 3,6 grader innen dette århundre, vil Canadas

tjæresandproduksjon nå 4,3 millioner fat per dag i 2035. I framskrivningene til kanadiske myndigheter er tjæresandproduksjonen i 2035 ventet å komme opp i 5,1 millioner fat per dag!¹²

I følge OECD må utslippene av klimagasser reduseres fra dagens 50 mrd. tonn til om lag 20 mrd. tonn innen 2050 dersom 2-gradersmålet skal nås¹³. Oppnåelse av 2-gradersmålet forutsetter etter alt å dømme at store deler av Albertas tjæresandforekomster ikke blir utvunnet.

4.3 NÆRMERE OM SPUS INVESTERINGER

I april 2013 var det registrert 47 tjæresandselskaper i Alberta¹⁴. SPU hadde ved utgangen av

2012 over 55 milliarder kroner investert i 20 av disse selskapene¹⁵.

Operatører av tjæresandprosjekter i Alberta

SPUs aksjebeholdning per 31.12.2012 (NOK)

| | |
|-------------------------------------|-----------------------|
| Royal Dutch Shell PLC | 28 829 342 293 |
| BP P.L.C. | 16 545 894 244 |
| Suncor Energy Inc. | 2 146 073 608 |
| Canadian Natural Resources Limited | 1 367 729 439 |
| Cenovus Energy Inc. | 1 069 753 063 |
| Teck Resources Limited | 931 096 632 |
| Marathon Oil Corporation | 853 070 069 |
| Imperial Oil Limited | 613 927 823 |
| Nexen Inc. | 549 542 405 |
| Murphy Oil Company Ltd. | 480 948 420 |
| MEG Energy Corporation | 373 361 453 |
| Husky Energy Inc. | 372 338 640 |
| Athabasca Oil Corporation | 227 953 290 |
| Baytex Energy Corp. | 207 530 631 |
| Penn West Petroleum Ltd. | 199 006 257 |
| Sunshine Oilsands Ltd. | 187 478 096 |
| Pengrowth Energy Corporation | 98 915 314 |
| Southern Pacific Resource Corp. | 60 652 003 |
| Petrobank Energy And Resources Ltd. | 48 484 974 |
| BlackPearl Resources Inc. | 32 067 393 |
| | 55 195 166 047 |

¹¹ Canada's Emissions Trends 2012 (Environment Canada, 2012)

¹² <http://www.neb-one.gc.ca/clf-nsi/rnrgynfntn/nrgyrprt/nrgyft/2011/fctsh1134crdl-eng.html>

¹³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/regpubl/stmeld/2012-2013/meld-st-12-20122013/6/2.html?id=714125>

¹⁴ Alberta Oil Sands Industry, Quarterly Update, Spring 2013

¹⁵ http://www.nbim.no/Global/Documents/Holdings/EQ_holdings_SPU_Sorted_12%20oppdatert.pdf

Her følger litt mer informasjon om noen av de største tjæresandinvesteringene til SPU:

Suncor Energy Inc. ¹⁶

| | |
|---|---------------------|
| Oljefondets eierskap – markedsverdi (per 31.12.2012): | 2 146 073 608 NOK |
| Oljefondets eierskap – prosent (per 31.12.2012): | 0,77 |
| Tjæresandproduksjon i 2012: | 359 000 fat per dag |
| Påviste tjæresandreserver (bitumen): | 836 millioner fat |

Imperial Oil Limited ¹⁷

| | |
|---|---------------------|
| Oljefondets eierskap – markedsverdi (per 31.12.2012): | 613 927 823 NOK |
| Oljefondets eierskap – prosent (per 31.12.2012): | 0,30 |
| Tjæresandproduksjon i 2012: | 264 000 fat per dag |
| Påviste tjæresandreserver (bitumen): | 2,8 milliarder fat |

Canadian Natural Resources Limited ¹⁸

| | |
|---|---------------------|
| Oljefondets eierskap – markedsverdi (per 31.12.2012): | 1 367 729 439 NOK |
| Oljefondets eierskap – prosent (per 31.12.2012): | 0,78 |
| Tjæresandproduksjon i 2012: | 185 000 fat per dag |
| Påviste tjæresandreserver (bitumen): | 1,1 milliarder fat |

Cenovus Energy Inc. ¹⁹

| | |
|---|---------------------|
| Tjæresandproduksjon i 2012: | 112 000 fat per dag |
| Påviste tjæresandreserver (bitumen): | 1,7 milliarder fat |
| Oljefondets eierskap – markedsverdi (per 31.12.2012): | 1 069 753 063 NOK |
| Oljefondets eierskap – prosent (per 31.12.2012): | 0,76 |

I sum produserer de fire selskapene som er nevnt over 920 000 fat olje fra tjæresand per dag.

For sammenligningens skyld kan det nevnes at Statoil, som overtok Kai Kos Dehseh-prosjektet gjennom oppkjøpet av North

American Oil Sands Corporation i 2007, produserte 16 000 fat per dag i 2012. ²⁰ Kai Kos Dehseh består av Leismer, Corner, Hangingstone og Thornbury, og planlagt produksjon fra disse fire lisensene er 200 000 fat per dag.

¹⁶ Annual Report 2012: http://www.suncor.com/pdf/Suncor_Annual_Report_2012_en.pdf

¹⁷ Annual Report 2012: http://www.imperialoil.ca/Canada-English/Files/2012_AR.pdf

¹⁸ Annual Report 2012: http://www.cnrl.com/upload/media_element/599/01/cnq_2012_ar.pdf

¹⁹ Annual Report 2012: <http://www.cenovus.com/invest/docs/2012-annual-report/cenovus-AR-2012.pdf>

²⁰ http://www.statoil.com/no/NewsAndMedia/News/2013/Pages/04Apr_Can_OilSand_reportcard.aspx

4.4 FINANSDEPARTEMENTETS OG / ELLER ETIKKRÅDETS VURDERING AV UTVINNING AV OLJE FRA TJÆRESAND

I Etikkrådets årsmelding for 2012 er det på side 16 inntatt informasjon om «Studier på miljøområdet.» Blant annet følgende fremgår: «Terskelen for utelukkelse er høy, og bare en liten del av Etikkrådets arbeid munner ut i tilrådninger og blir offentliggjort. I løpet av 2012 ble sektorstudiene videreført på blant annet følgende områder: oljeproduksjon med store lokale forurensningsproblemer ...» Spesielt vedrørende oljeproduksjon fremgår: «Videre gjennomførte Etikkrådet i 2012 innledende vurderinger av de over 30 selskapene i SPU som er involvert i oljeproduksjon fra tjæresand. Gjennom en stegvis prosess med vurdering av et bredt spekter av problemstillinger på miljøområdet (knyttet til blant annet arealbeslag, forurensning av luft, jordsmonn og vann) har rådet prioritert en liten gruppe operasjoner for videre utredning i denne omgang.»

Det er ikke mulig, basert på årsmeldingens opplysninger, å vite hva som er gjenstand for videre utredninger, om det gjelder enkelte selskaper eller særlige former for utvinningsmetoder. At kun en mindre del av Etikkrådets arbeid offentliggjøres, innebærer at det ikke er mulig å få noen god oversikt over hvilke miljøvurderinger Etikkrådet har gjort og når, og om klimaspørsmål er vurdert. I et søksmål må man forvente at det blir redegjort utfyllende for dette fra statens side, og at redegjørelsen blir lagt opp for å få frem at det gjøres grundige vurderinger.

Stortingsrepresentant Kjell Ingolf Ropstad har i spørsmål nr 1233 i Stortingets spørretime stilt spørsmål ved om regjeringen har vurdert å utelukke fra SPU selskaper som produserer olje fra tjæresand. I svar på spørsmålet per brev fra Stortingets presidentskap av 30. april 2013, ble det opplyst at Finansdepartementet beslutter utelukkelse etter råd fra Etikkrådet. Videre ble

formuleringen i Etikkrådets årsmelding som er sitert over, gjengitt.

NK har i brev av 6. mai til Etikkrådet stilt spørsmål ved om årsmeldingen og svar på spørsmål fra representanten Ropstad skal forstås dithen at Etikkrådet fortolker sitt mandat dithen at dets oppgave er å fokusere på lokale miljøproblemer, eller om Etikkrådet også gjør vurderinger av klimaeffekt og bærekraftighet. Av svarbrev av 17. juni 2013 til NK, fremgår at Etikkrådet i liten grad gjør klimavurderinger, jf punkt 4.1 over om dette.

4.5 REGLER VEDRØRENDE STATENS PENSJONS- FOND UTLAND OG FONDETS INVESTERINGER

4.5.1. LOV OM STATENS PENSJONSFOND UTLAND

Virksomheten til SPU reguleres av lov om Statens pensjonsfond av 21.12.2005 (SPU-loven.)

Formålet med SPU er angitt i lovens § 1:

«Statens pensjonsfond skal understøtte statlig sparing for finansiering av folketrygdens pensjonsutgifter og underbygge langsiktige hensyn ved anvendelse av statens petroleumsinntekter.»

Begrepet «langsiktige hensyn» rommer også miljøhensyn. Dette er noe utpenslet i de underliggende retningslinjene, jf nedenfor.

En problemstilling er om investeringene i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand er i strid med kravet til at det tas «langsiktige hensyn» i § 1. Det nærmere innholdet i begrepet må fortolkes på bakgrunn øvrige norske regler, herunder Grunnloven § 110 b, naturmangfoldloven og andre norske regler samt internasjonale regler som er bindende for Norge, blant annet UNFCCC.

Lovforarbeidene til SPU-loven fokuserer nærmest utelukkende på behovet for å sikre at det finnes midler til fremtidige pensjonsutbetalinger. NBIMs terminologi «på vegne av det norske folk» gjenfinnes ikke i forarbeidene. Om midlenes art sies følgende i lovforarbeidene:

«Departementet vil også peke på at de løpende innbetalingene fra petroleumsvirksomheten har en annen karakter enn statens øvrige inntekter, ettersom de delvis har sitt motstykke i en reduksjon i statens petroleumsformue. De budsjett-politiske retningslinjene ivaretar petroleumsinntektenes spesielle karakter og sikter mot at oljeinntektene også skal komme fremtidige generasjoner til gode.»²¹ (våre understrekninger.)

Og:

«De etiske retningslinjene for Statens petroleumsfond [forløper til SPU] bygger på at staten, gjennom sitt eierskap til Petroleumsfondet, skal sikre at kommende generasjoner får ta del i petroleumsformuen. Samtidig skal en gjennom dette eierskapet respektere grunnleggende rettigheter hos dem som blir berørt av virksomheten til selskapene fondet investerer i. Det etiske grunnlaget for Petroleumsfondet skal fremmes gjennom eierskapsutøvelse, negativ filtrering og uttrekk av selskaper fra investeringsuniverset. ... Departementet legger til grunn at Petroleumsfondets etiske råd skal videreføres for Statens pensjonsfond – Utland.»²²

Sitatene kan tilsi at midlene skiller seg fra statens øvrige inntekter. Henvisningen til at fondet er motstykket til at petroleumsformuen reduseres, og fokus på fremtidige generasjoner, kan være bakgrunnen for retorikken om «folkets midler», en formulering som også har vært benyttet av flere politikere. Fokuset på fremtidige generasjoner er viktig når det nærmere innhold i lovens begrep «langsiktige hensyn» skal fastlegges.

Det følger av lovens § 6 at fondet ikke selv kan ha rettigheter eller plikter, og at det heller ikke kan saksøke, eller saksøkes. SPU er ingen juridisk person. Det finnes heller intet organ med ansatte som utgjør SPU. SPU er kun et kroneinnskudd i Norges Bank, jf punkt 4.5.2.nedenfor.

I henhold til lovens § 2 «forvaltes» fondet av Finansdepartementet. Begrepet «forvalter» i

denne bestemmelsen må fortolkes. Begrepet kan bety at Finansdepartementet har kompetanse til å treffe beslutninger om midlene, eller det kan bety «pengeforvaltning» i den forstand at Finansdepartementet forvalter midlene slik andre (penge)forvaltningsinstitusjoner forvalter midler på vegne av oppdragsgivere.

Begrepet «forvaltning» er i odelstingsproposisjonen til SPU-loven ikke spesielt diskutert. Vi kan heller ikke se at det i Graver-utvalgets innstilling vedrørende de såkalt etiske regler for SPU²³ er inntatt en drøfting av begrepet som sådan. Gjennomgang av diverse materiale vedrørende SPU tyder på at begrepet noen ganger brukes i betydningen «pengeforvaltning» og andre ganger brukes i betydningen «offentlig forvaltning» eller «myndighetsforvaltning.»

Uavhengig av om Finansdepartementet driver offentlig forvaltning eller pengeforvaltning når den enkelte beslutning vedrørende SPU treffes, kan det anføres at Finansdepartementet innenfor sitt område må sikre at forvaltningen skjer overensstemmende med prinsipper som er nedfelt i norsk lovgivning.

«Finansdepartementet forvalter..» i § 2 betyr dessuten klart nok at det er Finansdepartementet som tar de overordnede avgjørelsene vedrørende SPU og fastsetter rammene for findets forvaltning. Det er også Finansdepartementet som må svare på sentrale spørsmål vedrørende SPU.

Departementet kan gi utfyllende bestemmelser til gjennomføring av loven, jf. § 7. Noen forskrift om SPU gjelder ikke etter at forskrift av 22. desember 2005 nr. 22 ble opphevet og erstattet av enkelte dokumenter (mandat, etiske regler) som nevnes nedenfor.

4.5.2. MANDAT FOR FORVALTNINGEN AV STATENS PENSJONSFOND UTLAND

Finansdepartementet har, som eier av fondet, gitt et skriftlig mandat til NBIM om forvaltningen av fondet, fastsatt 08.11.2010 og med senere

²¹ Ot prp nr 2 2005-2006 Om lov om Statens pensjonsfond pkt 3.3.2 første spalte.

²² Op cit pkt 3.5 annen spalte.

²³ NOU 2003:22

endringer.²⁴

§ 1-1 i mandatet lyder:

«Norges Banks forvaltningsoppdrag

(1) Departementet plasserer Statens pensjonsfond utland (SPU) som et kroneinnskudd i Norges Bank i henhold til lov 21. desember 2005 nr 123 om Statens pensjonsfond § 2 annet ledd. Banken skal forvalte innskuddet etter bestemmelsen i dette mandatet og bestemmelser gitt i medhold av § 8-1 og 8-2 tredje ledd.

(2) Banken skal foreta investeringsbeslutninger uavhengig av departementet.»

Som det fremgår av første ledd er SPU et bankinnskudd. SPU er intet organ og består ikke av personer som treffer beslutninger.

Det fremgår av annet ledd at banken, det vil si NBIM, foretar investeringsbeslutninger uavhengig av departementet. Den enkelte investeringsbeslutning treffes nok i NBIM, men detaljert gjennomgang av mandatet kombinert med innhentet informasjon om hvordan mandatet i praksis forstås av NBIM og Finansdepartementet, tyder på at friheten er begrenset.

Mandatet inneholder krav om at det handles etter en referanseindeks. Referanseindeksen er en teoretisk aksjeportefølje utarbeidet av Finansdepartementet, eller på oppdrag fra Finansdepartementet. Den faktiske aksjeportefølje skal som et utgangspunkt tilsvare den teoretiske referanseindeksen. Ved utarbeidelsen av referanseindeksen har Finansdepartementet i realiteten truffet en rekke beslutninger om hvilke selskaper og sektorer det skal investeres i.

Avvik i forhold til referanseindeksen skal ikke kunne gi et avvik i avkastningen som overstiger 1% i forhold til referanseindeksen, jf mandatet § 3.

§ 3-5(1) lyder:

«Banken skal legge opp forvaltningen med sikte på at det forventede annualiserte standardavviket til differanseavkastningen mellom aksje- og obligasjonsporteføljen og tilhørende

referanseindeks (ref forventet volatilitet) ikke overstiger 1 pst, jf § 4-3 annet ledd.»

Kun innenfor det såkalte «standardavviket» på 1 % har NBIM slik vi forstår dette reell handlefrihet og driver såkalt aktiv forvaltning. Det betyr at den alt vesentlige del av handelen er forhåndsbestemt av referanseindeksen (den teoretiske aksjeindeksen). Formålet med dette regimet er å begrense den finansielle risikoen SPU til enhver tid pådras.

Bruk av referanseindeks og hva dette innebærer er beskrevet i I NOU 2003:2 - Forvaltning for fremtiden (Graverutvalgets innstilling) side 59 annen spalte. Den aktive forvaltning beskrives også i artikkelen «Den aktive forvaltning av Statens pensjonsfond utland» som NBIM publiserte på sin hjemmeside i 2010.²⁵

Hovedinntrykket vi sitter igjen med etter kontakt med flere personer med kompetanse vedrørende SPU, og etter gjennomgang av de dokumenter som her er nevnt, er at NBIMs frihet i aksjehandelen er svært begrenset. Dette inntrykket forvirres av NBIMs Øystein Sjølies e-post til NKs Lars-Henrik Paarup Mikkelsen av 26. juni 2013, der det fremholdes blant annet at «hele fondet er «aktivt forvaltet.»» Det er i denne omgang trolig ikke mulig å få et fullgodt og enkelt svar på om det er Finansdepartementet eller NBIM som reelt sett har fattet beslutningen om å investere omfattende i selskaper som produserer olje fra tjæresand i Canada.

Basert på det vi vet om SPU, er det overveiende sannsynlig at det er departementet som ved utarbeidelsen av referanseindeksen i realiteten også har fattet det alt vesentlige av beslutningen om SPU skal være investert i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand. Inntil videre legger vi dette til grunn som en arbeidshypotese.

I første kvartal 2012 solgte NBIM SPU ut av 23 selskaper som produserer palmeolje på en måte som ikke oppfattes som bærekraftig.

²⁴ Forvaltningsmandatet er gitt med hjemmel i lov, men er ingen forskrift etter forvaltningslovens § 2 c fordi den ikke er et «vedtak som gjelder rettinger eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer» Det er like fullt en rettslig bindende instruks. Hvilket rettslig begrep som kan knyttes til dokumentet har etter vår mening ikke betydning for de vurderinger som her gjøres.

²⁵ www.nbim.no/media-og-publikasjoner/temaartikler/2010/den-aktive-forvaltning-av-statens-oensjonsfond-utland/

Beslutningen er truffet av NBIM. Dette betyr at beslutningen om å selge seg ut av disse selskapene kunne treffes innenfor det handlingsrom NBIM har. Aksjesalget kunne med andre ord gjøres uten vesentlig risiko for dermed ikke å oppfylle kravet til at den såkalte differanseavkastningen skal ligge innenfor 1%, jf over.

Venstres Borghild Tenden har den 13. august 2013 stilt følgende skriftlig spørsmål til Finansministeren:

«...kan NBIM innenfor dette handlingsrommet beslutte å trekke SPUs investeringer helt ut av selskaper som utvinner oljesand i Canada?»

Det handlingsrommet det henvises til er det som defineres av mandatets § 3-5, jf ovenfor.

Sigbjørn Johnsens svar er datert 22. august 2013 (dok nr 15:1622 (2012-2013)) og lyder blant annet:

«For å svare presist på det må en foreta en nærmere avgrensing av hvilke selskaper det siktes til. Videre vil den forventede relative volatiliteten avhenge av hvordan avkastningen mellom ulike aksjer samvarierer, og hvordan kursutviklingen i aksjemarkedet og obligasjonsmarkedet svinger i forhold til hverandre. Begge disse sammenhengene varierer over tid. Utslagene i forventet relativ volatilitet vil også påvirkes av hvilke selskaper Norges Bank investerer i, i stedet for de aktuelle oljeselskapene. Det er derfor vanskelig å gi et presist svar på representantens spørsmål.»

Etter vår mening er det nærliggende å forstå dette dithen at det er lite sannsynlig at NBIM innenfor sin handlefrihet kan selge SPU ut av alle de kanadiske tjæresandselskapene.

Mandatets kapittel 2 inneholder regler om ansvarlig investeringsvirksomhet. I henhold til § 2-1 skal forvaltningen av investeringsporteføljen bygge på høyest mulig avkastning, og god avkastning på lang sikt anses å være avhengig

av en bærekraftig utvikling i økonomisk, miljømessig og samfunnsmessig forstand. I henhold til samme bestemmelse skal banken ha interne retningslinjer for å integrere hensyn til god selskapsstyring, miljø og samfunnsmessige forhold i investeringsvirksomheten. Banken skal innenfor miljøområdet vektlegge hensyn til blant annet energieffektivitet, vannforbruk og avfallshåndtering. § 2-2 vedrører eierskapsutøvelse, det vil si bestemmelser om hvordan NBIM som aksjonær for SPU skal utøve eierskapet. Dette gjelder forhold som blir relevante etter at en aksje er ervervet. Et mulig argument mot utelukkelse fra SPUs investeringsunivers, er at SPU som aksjonær har mulighet til å påvirke et selskap til å treffe riktige (etiske / bærekraftige) beslutninger.²⁶

Det kan spørres om mandatet inneholder en selvmotsigelse fordi kapittel 3 pålegger NBIM et regime knyttet til avkastning og risikoreduksjon som er bundet opp i en referanseindeks, samtidig som mandatet i kapittel 2 krever at det skal tas blant annet miljøhensyn: *Kan aksjehandleren NBIM, som i henhold til mandatets § 1-1 annet ledd i prinsippet treffer egne beslutninger, i tilstrekkelig grad ivareta de miljøhensyn som nevnes i mandatets kapittel 2 når avkastning som avviker fra referanseindeksens beregnede avkastning ikke kan avvike med mer enn 1%? Hva som i denne forbindelse er tilstrekkelig, må forstås på bakgrunn av Grunnlovens 110 b og annen lovgivning som ivaretar miljøhensyn.*

4.5.3. ETISKE RETNINGSLINJER FOR SPU
Finansdepartementet har i medhold av lovens § 2, 2. ledd og § 7 den 01.03.2010 gitt *«Retningslinjer for observasjon og utelukkelse av selskaper fra Statens pensjonsfond utlands investeringsunivers»*, ofte referert til som de

²⁶ Det finnes flere internasjonale retningslinjer om forsvarlig eierskapsutøvelse. Eksempler på dette er FNs Global Compact, jf redegjørelsen for dette i NOU 2003: 22 side 19 annen spalte. Denne type retningslinjer («soft law») behandles ikke videre i dette dokumentet. Muligheten for å påvirke et selskaps beslutninger ved utøvelse av aksjonærrettigheter, som normalt forutsetter større eierandeler enn det SPU har i det enkelte selskap, behandles heller ikke i noen vesentlig grad.

²⁷ Samtidig som de etiske reglene ble offentliggjort, utga Finansdepartementet også «Retningslinjer for Norges Banks arbeid med ansvarlig forvaltning og eierskapsutøvelse i Statens pensjonsfond utland (SPU)» Dette dokumentet ble samme år erstattet med mandatet til NBIM.

etiske regler for SPU.²⁷ Dokumentet refereres heretter som etiske retningslinjer.

Etiske retningslinjer *forutsetter* at det skal finnes et Etikkråd. Krav til at det faktisk etableres og opprettholdes et Etikkråd, bestemmelser om dets oppgaver, sammensetning og så videre, finnes ikke. Etter tidligere nevnte forskrift om forvaltningen av fondet, var det til sammenligning et forskriftskrav at rådet skulle eksistere. I Graverutvalgets innstilling²⁸, gjennomgås behovet og grunnlaget for etiske regler, og det fremmes forslag til etiske regler. Dokumentet kan anses som forarbeid også til dagens etiske retningslinjer. Blant andre Etikkrådet henviser til innstillingen som et forarbeid til dagens etiske retningslinjer²⁹. Dokumentet gir også en generell beskrivelse av det daværende Statens petroleumsfond og hva som er formålet med etiske retningslinjer. I innstillingen uttales at de etiske retningslinjer ikke er rettslige krav.³⁰ Det dreier seg følgelig om retningslinjer (soft law) som er relevant ved fortolkningen av rettsregler, for eksempel SPU-loven, men som ikke i seg selv er rettsregler som kan håndheves av en domstol.

I Finansdepartementets høringsnotat fra 2008 om evaluering av de etiske retningslinjene for SPU³¹ beskrives at departementet ønsker å evaluere de etiske retningslinjene for å vurdere om disse virker etter intensjonen, for å bevare politisk oppslutning rundt de etiske retningslinjer, og for å styrke SPUs profil som en samfunnsansvarlig investor. I Stortingsmelding 27 (2012.2013) ble det såkalte Strategirådet for SPU 2013 gitt i oppgave å utarbeide en offentlig utredning der det gis råd om blant annet hvordan investeringsstrategien for SPU kan videreutvikles. Hensynet til miljøet er et av de forhold rådet skal mene noe om. Vi oppfatter dette mandatet som en oppfølging av

høringsnotatet vedrørende evaluering av etiske retningslinjer. Hvorvidt arbeidet vil gi grunnlag for utarbeidelse av nye etiske retningslinjer vites ikke. Strategiråd 2013 skal levere sin utredning ved utgangen av oktober 2013.

Av de etiske reglenes § 2 følger at Finansdepartementet etter råd fra Etikkrådet kan utelukke selskaper fra investeringsporteføljen der det er uakseptabel risiko for at selskapet medvirker til, eller selv er ansvarlig for, blant annet alvorlig miljøskade.

Brev fra Etikkrådet til NK av 17. juni 2013 bekrefter at Etikkrådet ikke anser høye utslipp av klimagasser i seg selv for å være uetisk og i strid med etiske regler. Etikkrådet støtter seg til Graverutvalgets innstilling i sin vurdering av dette, og siterer følgende derfra:

“Klimakonvensjonen f.eks., identifiserer utslipp av drivhusgasser som et problem, men den regulerer ikke hvordan utslippene skal reduseres innen det enkelte land, verken når det gjelder målgruppe eller virkemidler. Dette er opp til nasjonale myndigheter å avgjøre. Det er derfor vanskelig å argumentere for at produksjonsprosesser med høye utslipp av klimagasser i seg selv er så uetiske at Petroleumsfondet ikke skal medvirke til dette.”³²

Også flere andre steder i innstillingen finnes tekst som gir grunnlag for å hevde at etiske retningslinjer ikke rammer produksjon fra kullkraft og petroleum som sådan, for eksempel på side 157:

«Utvalget mener at det ikke er grunnlag for negativ filtrering av selskaper som produserer kullkraft eller petroleum fra fondet. Utvalget vurderer at eierskapsutøvelse og påvirkning vil være en mer effektiv strategi for å adressere klimaspørsmål enn utelukkelse.»

Det må antas at selskaper med negativ CO₂-profil kun vil bli utelukket dersom disse

²⁸ NOU 2003:2

²⁹ Jf brev av 17.juni 2013 fra Etikkrådet til NK.

³⁰ Op cit side 84, første spalte.

³¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/2008/horing---evaluering-av-de-etiske-retning/horingsnotat/horingsnotat--evaluering-av-de-etiske-re.html?id=517329>

³² NOU 22 2003 avsnitt 7.3.2.4 og ikke avsnitt 9 slik det oppgis i brevet.

også bidrar til betydelig lokal miljøskade som for eksempel ulovlig hogst av skog.³³ Hvis det er snakk om kombinerte forurensningsproblemer, for eksempel slik at også biologisk mangfold er truet, kan det kanskje også være aktuelt å vurdere utelukkelse.

Når Strategiråd 2013 sin utredning foreligger må denne gjennomgås for å se hvorvidt det foreslås en annen klimatilnærming for SPU enn den som hittil har vært praktisert. Dersom det er aktuelt å fremme et lovforslag vedrørende klimahensyn, jf punkt 8 om dette, kan det være fornuftig å gjøre dette kort tid etter at Strategi 2013 har avgitt sin utredning.

4.5.4. OPPSUMMERING – REGLER VEDRØRENDE SPU

Situasjonen i dag er at vi har en kortfattet formell lov vedrørende SPU. Vi har ingen forskrift vedrørende SPU. Derimot har vi et mandat til NBIM vedrørende forvaltningen av SPU og etiske regler vedrørende SPU. Verken mandatet eller de etiske retningslinjer har karakter av å være rettsregler. Mandatet og de etiske retningslinjer er instruks gitt av departementet, som kan endres av departementet, langt på vei slik en privat oppdragsgiver kan endre instruks til en oppdragstaker. Utredningsinstruksen³⁴, som blant annet ved endring av forskrifter krever høring, kommer ikke til anvendelse for endring av denne type instruks. I prinsippet kan også Etikkrådet avskaffes ved beslutning i Finansdepartementet. Hensyntatt de enorme midler SPU forvalter, er den lovbundne reguleringen av oppgaven svak.

I henhold til § 2 i lov om Statens pensjonsfond er det klart at det er Finansdepartementet som er den direkte ansvarlige for forvaltningen av fondet. Av dette følger at det i de aller fleste tilfeller vil være staten ved Finansdepartementet som er rett saksøkt for de spørsmål som her drøftes. Kun dersom NBIM innenfor område for sin frie forvaltning har begått feil f eks ved å

overskride grensene i mandatet, kan det være aktuelt å vurdere hvorvidt NBIM kan holdes ansvarlig for følgene av slike feil. ■

³⁴ Forskrift av 18. februar 2000 nr 108 om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget.

5. RETTSREGLER SOM VERNER OM KLIMAET

5.1 FNS KLIMAKONVENSJON. 2-GRADERSMÅLET
UN Framework Convention on Climate Change – UNFCCC er en internasjonal traktat hvis formål er å begrense utslippet av klimagasser. UNFCCC trådte i kraft i 1994, etter ratifikasjon av tilstrekkelig antall stater. Norge ratifiserte den i 1993. Etter ikrafttredelse i 1994 har partene til traktaten i henhold til traktatens bestemmelser hatt årlige partsmøter (Conference of the Parties – COP) for å fremforhandle protokoller som forplikter statene i større grad enn selve traktaten. Den viktigste tilleggsprotokollen i dag er Kyotoprotokollen som fastsetter forpliktende utslippsreduksjoner for det enkelte land for perioden frem til og med 2012. Kyotoprotokollen er rettslig bindende.

I FNs klimakonvensjon fra 1992 heter det at målet er å «oppnå stabilisering i konsentrasjonen av drivhusgasser i atmosfæren på et nivå som vil forhindre farlig menneskeskapt påvirkning av klimasystemet». På klimakonvensjonens 16. partsmøte i Cancun i 2010 (COP16) vedtok verdens ledere at de vil arbeide for at gjennomsnittstemperaturen på jorden ikke skal overstige to grader i løpet av dette århundre. Vedtaket er ikke ratifisert av tilstrekkelig antall stater til å være rettslig bindende. Det har per i dag kun status som et politisk vedtak.

Som allerede nevnt mener OECD at utslippene av klimagasser må reduseres fra dagens 50 mrd. tonn til om lag 20 mrd. tonn per år innen 2050 dersom 2-gradersmålet fra Cancun skal nås ³⁵.

Klimakonvensjonen har i denne saken først og fremst betydning som tolkningsmoment ved tolkning av andre, nasjonale regler. Dersom det kan påvises at SPU investeringer i kanadiske tjæresandprosjekter er i strid med norske folkerettslige forpliktelser, er dette et viktig argument for utelukkelse av selskaper som produserer olje fra tjæresand fra SPU investeringer. NOU 2003:22 viser at brudd på folkerettslige forpliktelser tilsier utelukkelse. Innledende undersøkelser tilsier ikke at det kan konstateres brudd på folkerettslige forpliktelser ved at SPU er investert i selskaper som produserer olje fra tjæresand.

5.2 MENNESKERETTIGHETENE

Det har svært lenge vært diskutert om retten til et bærekraftig miljø skal anses som en internasjonal menneskerettighet. Diskusjonene har så langt ikke ført til noen kodifisering («lovfesting») i en konvensjon av retten til et bærekraftig miljø i noe internasjonal menneskerettighetsdokument.³⁶ EMK³⁷ inneholder ingen bestemmelse som konkret gjelder retten til miljø og klima.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har imidlertid avsagt flere dommer der den påpeker at myndighetene i et land har vært for passiv i forhold til forurensningsproblemer som forurensning og støy, og at dette har representert en krenkelse av mer generelle bestemmelser i EMK om blant annet individets rett til velferd, helse og så videre. ³⁸ Mennes-

²⁴ Forskrift av 18. februar 2000 nr 108 om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget.

³⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/regpubl/stmeld/2012-2013/meld-st-12-20122013/6/2.html?id=714125>

³⁶ Fauchald «Forfatning og miljøvern – en analyse av Grl § 110 b», TFR 2007 side 1, på side 3.

³⁷ Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon av .

kerettighetene, herunder EMK, er imidlertid viktige tolkningsmomenter blant annet ved fortolkning av Grunnlovens § 110 b. Spørsmålet om hvilken beskyttelse disse gir bør utredes i forbindelse med et eventuelt søksmål.

5.3. GRUNNLOVENS § 110 B

Grunnlovens 110 b som ble vedtatt i 1992 lyder:

«Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævne og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgrib i Naturen.

Statens Myndigheder give nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger»

Ved gjennomgang av lovforarbeidene kan det vises at Stortinget forutsatte at bestemmelsen skulle være rettslig forpliktende, og ikke bare en programerklæring. I Innstilling S nr. 163 (1991-1992) side 5 sies det at rettslig «vil en grunnlovsfesting innebære at en grunnlovsbestemmelse vil gå foran ordinær lovgivning hvis de strider mot hverandre.»

På side 6 heter det videre om grunnsetningene som uttrykkes ved den foreslåtte grunnlovsbestemmelsen om miljø:

«Grunnsetningene vil også legge bånd på forvaltningen ved å være retningsgivende når et forvaltningsorgan utøver myndighet eller fritt skjønn. Grunnsetningene vil også være de som skal anvendes når det gjelder miljøproblemer som lovgiverne ikke har tatt stilling til.»

Første ledd første punktum («Enhver har rett til») viser også at det er snakk om en rettighetsbestemmelse. Til sammenligning er andre formuleringer valgt i 110 a om den samiske befolknings rettigheter: «Det paaligger Statens

Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.» Her pålegges staten plikter, mens § 110 b tillegger den enkelte rettigheter direkte. Utover å formulere at § 110 b er en rettighetsbestemmelse, gir ikke første punktum noen nærmere veiledning om hva retten til miljø går ut på. Konkret argumentasjon må forankres i øvrige deler av bestemmelsen.

Grunnlovens § 110 b er ikke avgrenset til å gjelde forhold på norsk territorium.

Et særskilt spørsmål er hvorvidt Grunnlovens 110 b er et selvstendig rettsgrunnlag som kan påberopes ovenfor en domstol, eller om bestemmelsen først og fremst har betydning ved tolkning av andre bestemmelser i formell lov, for eksempel naturmangfoldloven.

Grunnlovens § 110 b har vært påberopt eller omhandlet i flere høyesterettsavgjørelser. Vi har ikke funnet noen avgjørelse der Høyesterett uttrykkelig sier at Grunnlovens 110 b utgjør et selvstendig rettsgrunnlag for rettigheter som tilligger individer. I flere saker benyttes bestemmelsen imidlertid som tolkningsprinsipp ved fortolkning av andre lovbestemmelser.

Sivilombudsmannen har i to uttalelser drøftet Grunnlovens 110 b, og uttalelsene kan forstås dithen at Sivilombudsmannen mener at bestemmelsen utgjør et selvstendig rettsgrunnlag.³⁹

Ole Kristian Fauchald antar i artikkelen «Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnlovens 110 b»⁴⁰ at bestemmelsen representerer et selvstendig rettsgrunnlag for krav mot forvaltningen.

Vi legger vesentlig vekt på uttalelsene i forarbeidene som tilsier at Grunnlovens 110 b utgjør et selvstendig rettsgrunnlag, og da særlig uttalelsen om at Grunnlovens § 110 b kan få anvendelse på miljøproblemer som ikke er regulert i annen lovgivning.

På denne bakgrunn mener vi at Grunnlovens

³⁸ EMDs avgjørelser i Powell og Rayner v Storbritannia (1990), Moreno Gomez v Spania (2004), DEES v Ungarn (2010) Mileva m fl v Bulgaria 82010) og Dubetska m fl v Ukraina (2011).

³⁹ Somb 1999 nr 27 og Somb 1999 nr 2

⁴⁰ TFR 2007 side 1 flg

§ 110 b kan anvendes som selvstendig rettsgrunnlag for å ta ut søksmål der det hevdes at SPUs investeringer i kanadiske tjæresandprosjekter er ulovlige.

5.4. NATURMANGFOLDLOVEN

Naturmangfoldloven – lov av 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold har som formål å stanse tap av biologisk mangfold, bevare naturmangfoldet for øvrig og legge til rette for en bærekraftig bruk av naturen. Et av lovhensynene er å sikre etterlevelse av Biomangfoldkonvensjonen vedtatt på Riokonferansen i 1992, som man opprinnelig mente var tilstrekkelig i varetatt i norsk rett da konvensjonen ble ratifisert. Et annet hensyn var å gjennomføre Grunnlovens 110 b, tredje ledd, som forplikter staten til å gi nærmere retningslinjer for å sikre gjennomføring av første og annet ledd i Grunnlovens 110 b. Naturmangfoldloven er en tverrgående lov, som setter en minstestandard for saksbehandlingen på alle forvaltningsområder.

Backer understreker på side 21 i kommentarutgaven til Naturmangfoldloven, at forvalterbegrepet i loven «gjelder uavhengig av offentlige myndigheter.» Vi oppfatter dette dithen at pliktene etter loven går videre enn det typiske området for offentlig forvaltning.

Lovens stedlige virkeområdet er angitt i § 2. Det fremgår av første ledd at loven gjelder «på norsk landterritorium, herunder innsjøer og vassdrag, og i Norges territorialfarvann.» Hvorvidt loven gjelder tiltakshavere utenfor norsk område, drøftes på side 53 i kommentarutgaven. Det fremgår at loven i prinsippet gjelder for tiltak utenfor Norge, men med påvirkning i Norge, men at en grenseoverskridende effekt kan bli for fjern, på grunn av avstanden, til å rammes av en lov som først og fremst beskytter naturmiljøet i Norge.

Av lovens § 7, som har overskriften «prinsipper for offentlig beslutningstagning» fremgår

at «prinsippene i §§8-12 skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd, og ved forvaltning av fast eiendom.» § 8 setter krav til kunnskapsgrunnlaget, mens i §§ 9-12 er lovfestet en del miljørettslige prinsipper. Som der fremgår av § 7, begrenser disse bestemmelsene seg til å gjelde «offentlig beslutningstagning.» Begrepet er videre enn begrepet «offentlig myndighet» og det fremgår direkte at beslutninger som fattes av det offentlige basert på eiendomsrett til fast eiendom, er omfattet. Bestemmelsene vil ikke gjelde direkte når staten som aksjonær utøver sine aksjonærrettigheter. Backer skriver om dette i kommentarutgaven på side 84: «*men om de ikke har rettslig betydning [prinsippene i § 8-12], kan det likevel argumenteres på mer generelt grunnlag for at staten f.eks bør utøve sine aksjonærrettigheter i Statoil ASA i samsvar med disse prinsippene når det gjelder f.eks oljeutvinning, som ved tjæresandprosjektet i Canada.*» (vår understrekning.)

Etter § 8 kreves at offentlige beslutninger er basert på at forsvarlig kunnskapsgrunnlag vedrørende naturmangfoldet som berøres av en beslutning. Bestemmelsen isolert sett gjelder etter første ledd «offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet» og av annet ledd fremgår generelt at «myndighetene skal legge vekt på kunnskap som er basert på generasjoners erfaring ...». § 8 isolert sett kan se ut som den omfatter alle beslutninger som treffes av offentlige myndigheter. Begrensningene i § 7, som ligger i begrepene «offentlig myndighet» og «forvaltning av fast eiendom» gjelder imidlertid også fortolkningen av § 8.

På side 90 i kommentarutgaven drøftes hvorvidt krav til kunnskapsgrunnlaget gjelder også for stortingsvedtak. Backer avviser dette for lovvedtak (for eksempel vedtagelse av SPU-loven) og delegasjonsvedtak, men åpner for at § 8 gjelder hvis Stortinget treffer vedtak

som i realiteten innebærer at Stortinget opptrer som forvaltningsorgan, eller hvis Stortingets vedtak er en kompetansebetingelse for regjeringens vedtak. Det er også mulig å argumentere for at § 8 i naturmangfoldloven tilsier at regjeringen plikter å sørge for at Stortinget har det kunnskapsgrunnlaget § 8 krever når Stortinget treffer vedtak, og at hvis kunnskapsgrunnlaget mangler, er ikke opplysningsplikten i Grunnlovens § 82 oppfylt.

Av § 7 følger at § 8 er en retningslinje, det vil si at den er noe svakere enn hvis den hadde karakter av å være en absolutt regel. Det samme fremkommer av begrepene «så langt det er rimelig i § 8 første ledd og av «skal videre legge vekt på» i annet ledd. For eksempel vil ikke overtredelse av § 8 uten videre føre til at et vedtak er ugyldig, og det er også vanskeligere å angi klart når bestemmelsen er overtrådt.

Naturmangfoldlovens § 9 er en lovfesting av føre var-prinsippet, som også er lovfestet i andre lover, med noe forskjellig ordlyd. Bestemmelsen lyder:

«Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet. Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltnings tiltak»

Føre var-prinsippet er ikke absolutt, men er et tungtveiende hensyn i beslutningsprosesser. I en situasjon hvor det er reell risiko for skade på miljømangfoldet, vil en beslutning som konsekvens av dette prinsippet lett bli ugyldig dersom hensynet til miljøet ikke er vurdert.

Føre var-prinsippet har, som et alminnelig ulovfestet miljørettsprinsipp, hatt gjennomslag i norske domstoler, se Backers kommentarutgave side 99 for videre henvisninger. Lovfesting i naturmangfoldloven tilsier at prinsippets

betydning øker.

Naturmangfoldlovens § 10 gir anvisning på økosystemtilnærming, § 11 gir uttrykk for at tiltakshaver (for det potensielt miljøskadelige tiltak) må betale, og § 12 nedfeller prinsippet om at miljøforsvarlige teknikker og driftsmetoder skal benyttes. Vi går ikke nærmere inn på disse bestemmelsene.

Ved tolkning av naturmangfoldloven i relasjon til SPU's investeringer i kanadiske tjæresandprosjekter, er det særlig to spørsmålstillinger som er sentrale. For det første må det tas stilling til i hvilken utstrekning loven gjelder for Finansdepartementets forvaltning av SPU. For det andre oppstår spørsmål lovens rekkevidde og relative gjennomslagskraft når det gjelder tiltak utenfor Norge og som har klimaeffekt i Norge.

5.5. FORURENSNINGSLOVEN

Forurensningsloven av 13. mars 1981 er en rammelov som bidrar til å verne miljøet mot forurensning. Lovens formålsbestemmelse i § 1 lyder:

«Denne lov har til formål å verne det ytre miljø mot forurensning og å redusere eksisterende forurensning, å redusere mengden av avfall og å fremme en bedre behandling av avfall.

Loven skal sikre en forsvarlig miljøkvalitet, slik at forurensninger og avfall ikke fører til helseskade, går ut over trivselen eller skader naturens evne til produksjon og selvfornyelse.»

Forurensningsloven er hjemmelslov for et omfattende forskriftsverk. Formålsbestemmelsen og de legislative hensyn kan tjene som tolkningsmomenter i forhold til de problemstillinger som drøftes i dette notatet. For øvrig er det vår oppfatning at loven, som først og fremst fastlegger regimet knyttet til utslippstillatelser i Norge, ikke er det mest nærliggende rettsgrunnlag i forhold til rettsliggjøring av de problemer verdens klimautfordringer reiser.

Dersom det kan påvises at tillatelse til utvin-

ning av olje fra tjæresand ikke kunne vært gitt i Norge (hvis det hadde vært aktuelt), vil det kunne være viktig informasjon.

5.6. MILJØINFORMASJONSLOVEN

I henhold til miljøinformasjonsloven av 9. mai 2003 § 10 (1) har enhver rett til å få miljøinformasjon fra et offentlig organ såfremt informasjonen omfattes av organets kunnskapsplikt etter §§ 8 og 9.

Finansdepartementet er omfattet av loven, jf § 5(1)a.

SPU og SPUs investeringer faller innenfor Finansdepartementets ansvarsområde, jf lov om Statens pensjonsfond utland. Av dette følger som et utgangspunkt at Finansdepartementet plikter å ha miljøinformasjon relatert til SPU's investeringer, jf miljøinformasjonslovens § 8, som pålegger forvaltningsorganer å ha overordnet miljøinformasjon relatert til «egne ansvarsområder og funksjoner.» Formuleringen omfatter mer enn området for den typiske myndighetsutøvelse der departementet treffer vedtak etter forvaltningsloven.

Av Odelstingsproposisjon nr. 116(2001-2002) fremgår på side 152 at «konsekvenser av vedtak og politikk» er omfattet av kunnskapsplikten etter § 8. Fordi SPU ved sine investeringer i nevnte selskaper understøtter selskapenes virksomhet, er miljøinformasjon vedrørende virksomheten en del av departementets «ansvarsområder og funksjoner,» jf § 8.

Hva som anses som miljøinformasjon er angitt i lovens § 2. Faktiske opplysninger og vurderinger av miljøet, planlagte og iverksatte tiltak i miljøet, forhold ved drift av virksomhet og administrative avgjørelser er blant annet omfattet.

Av Odelstingsproposisjon nr. 116(2001-2002) på side 147 fremgår at for offentlige virksomheter omfattes også miljøinformasjon vedrørende forhold utenfor riket, dersom det dreier seg om forhold som er relevante for det

offentlige organs oppgaver og plikter. Som eksempel nevnes at Utenriksdepartementet vil måtte gi informasjon om miljøeffekten av norsk bistandsvirksomhet. Et annet eksempel som nevnes i den nevnte odelstingsproposisjonen, er at Miljøverndepartementet må kunne gi informasjon om globale virkninger av norske klimautslipp. Miljøinformasjon relatert til relatert til miljøeffekten av selskaper som produserer olje fra tjæresand er nettopp del av Finansdepartementets forvaltning av SPU.

Vi kan ikke se at det foreligger saklig og reelt behov for å gjøre omfattende unntak fra plikten til å fremlegge miljøinformasjon knyttet til tjæresandselskapene, jf lovens § 11, ihvertfall ikke hvis ikke omfanget av den informasjon som etterspørres er svært omfattende. Miljøinformasjon er informasjon som omfattes av Grunnlovens 110 b, annet ledd. Dette er et tungt argument for at unntaksbestemmelsen i § 11 fortolkes snevert, jf Sivilombudsmannens årsmelding 2005 side 72 på side 77. Også i Odelstingsproposisjonen nevnes dette, jf side 160. På samme sted fremgår også at retten til miljøinformasjon går lenger enn innsynsretten etter offentlighetsloven. I nevnte uttalelse fra Sivilombudsmannen hadde Miljøverndepartementet anført at fremleggelse av den etterspurte dokumentasjon ville medføre innskrenkning av regjeringens organisering av arbeidet og politiske beslutningsfrihet. Sivilombudsmannen anså ikke dette for å være et relevant argument. Samme type argumentasjon kan heller ikke for Finansdepartementet begrunne unntak fra plikten til å informere vedrørende tjæresandselskapene dersom det blir stilt spørsmål ved dette.

I brev av 10. juni 2013 har NK bedt om miljøinformasjon vedrørende de kanadiske tjæresandselskapene. Finansdepartementet har i brev av 14. august 2013 besvart henvendelsen uten å gi slik informasjon. Slik vi forstår svaret, antydes det at miljøinformasjonsloven ikke er

anvendelig (lovens unntaksbestemmelse påberopes ikke), og dels at det uansett gis tilstrekkelig informasjon ved den årlige rapporteringen til Stortinget. Det skrives også at departementet *ikke* deler NKs oppfatning av at SPU ved sitt aksjeinnehav understøtter de selskaper fondet er investert i.

Det kan tas ut søksmål mot departementet med der det anføres at departementet etter miljøinformasjonsloven plikter å gi miljøinformasjon (i et visst omfang) om selskaper fondet er investert i, eller evt om sektorer. Medhold i slikt søksmål vil imidlertid ikke ha annen konsekvens enn at NK etter hvert får miljøinformasjon vedrørende tjæresandselskapenes virksomhet. Dette kan gi verdifull informasjon som for eksempel kan klargjøre om det er mulig å bevise at tjæresandvirksomheten medfører vesentlig miljøskade.

5.7. KLIMAKVOTELOVEN

Klimakvoteloven av 17. desember 2004 har til formål å begrense utslippet av klimagasser på en kostnadseffektiv måte, jf lovens § 1. Klimakvoteloven har imidlertid intet innhold (utover formålet) som er relevant for de problemstillinger som drøftes her.

5.8. FØRE VAR-PRINSIPPET OG ANDRE MILJØ-RETTLIGE PRINSIPPER

Miljøretten kjennetegnes av bruk av ulike rettslige prinsipper, som forurensar betaler prinsippet, prinsippet om bærekraftig utvikling og prinsippet om best anvendbar teknologi med videre. Det kan diskuteres om et prinsipp er et miljøpolitisk prinsipp som beskriver et mål for samfunnsutviklingen, eller om det er et prinsipp med selvstendig rettskildemessig verdi. Uansett status vil prinsippene ha betydning for skjønnsutøvelsen, eller kunne ha rettskildemessig betydning som «reelt hensyn», der prinsippene ikke er lovfestet. Samtlige av de prinsipper som er nevnt over er lovfestet i Nor-

ge og er dermed *rettslige* prinsipper.

Med «bærekraftig utvikling» forstår man en utvikling som møter dagens behov uten å redusere fremtidige generasjoners valgmuligheter med hensyn til å få dekket sine behov. Den økonomiske utvikling må skje på en slik måte at ressursgrunnlaget og miljøgrunnlaget for fremtidig velferd ikke blir svekket. Miljøkonsekvenser må etter dette prinsippet inngå som en sentral del av beslutningsgrunnlaget for all økonomisk virksomhet.⁴¹

Føre var-prinsippet er særlig rettet mot usikkerhet.⁴²

Prinsippet innebærer at man skal gjennomføre tiltak for å sikre bærekraftig utvikling, herunder unngå alvorlig og uopprettelig skade på miljøet selv om man ikke har full vitenskapelig visshet om problemets omfang og konsekvenser.

Føre var-prinsippet, prinsippet om bærekraftighet og prinsippet om forebyggende tiltak er spesifikt nevnt i fortalen til EØS-avtalen:

«Som er bestemt på å bevare, verne og forbedre miljøets kvalitet og sikre en forsiktig og fornuftig utnyttelse av naturressursene, særlig på grunnlag av prinsippet om en bærekraftig utvikling samt føre var-prinsippet og prinsippet om forebyggende tiltak

Som er bestemt på å legge til grunn et høyt beskyttelsesnivå med hensyn til helse, sikkerhet og miljø i den videre utviklingen av lovregler»

Føre var-prinsippet er også nedfelt i Rio-erklæringen:

«For å beskytte miljøet skal statene i stor utstrekning bruke føre var-prinsippet i henhold til sine muligheter. Der hvor det foreligger trussel om alvorlig eller uopprettelig skade, skal ikke mangel på full vitenskapelig visshet kunne brukes som begrunnelse for å utsette kostnadseffektive tiltak for å hindre miljøforringelse». (St. meld.nr. 13(1992-93) der Rio-erklæringen er inntatt som vedlegg).

Føre var-prinsippet antas å være begrenset

⁴¹ Kilde: Inge Lorange Backer Innføring i Naturressurs- og miljørett, 4 utg. s 51 flg.

⁴² (Kilde: Inge Lorange Backer Innføring i Naturressurs- og miljørett, 4 utg. s 62 flg).

til alvorlige miljøtrusler.

Om prinsippets betydning ved skjønnsutøving heter det i Backer s. 63: «*Det kan også ha betydning for rettsanvendelsen og forvaltningens skjønnsutøving. I skjønnsutøving kan prinsippet berettiget at det legges avgjørende vekt på om et tiltak – i seg selv eller sammen med andre miljøpåvirkninger – betyr en risiko for miljøskade. Det gjelder selv om det ikke kan konstateres noen sannsynlighetsovervekt for at miljøskade vil inntre.*»

I avveiningen må det tas hensyn til hva slags risiko og hvor stor risiko det er tale om, kostnader ved tiltaket, og *hvor mye det reduserer risikoen* (s. 63)

Hvilke miljøproblemer som anses mest alvorlig vil endre seg over tid. Klimaendringer er ansett som ett av de viktigste miljøspørsmål i dag.

Føre var-prinsippet henger ikke bare sammen med risikovurderinger, men også med naturens tålegrense. Desto større risiko for alvorlig og irreversibel miljøskade som følge av tjæresandvirksomhet, jo desto større gjennomslagskraft har prinsippet.

Føre var-prinsippets betydning i argumentasjon relatert til de kanadiske tjæresandselskapene avhenger av i hvilken grad SPUs agering er egnet til å påvirke selskapene, andre investorer og eventuelt kanadiske myndigheter. ■

6. ER FORHOLD VEDRØRENDE SPUS INVESTERINGER I TJÆRESAND I STRID MED BINDENDE RETTSREGLER?

6.1. PLIKTER STATEN VED FINANSDEPARTEMENTET Å UTELUKKE, ELLER Å VURDERE Å UTELUKKE FRA SPUS INVESTERINGSUNIVERS, SELSKAPER SOM PRODUSERER OLJE FRA TJÆRESAND? Plikter Finansdepartementet å vurdere konkret og i større utstrekning enn det som evt er gjort, miljøforhold knyttet til SPUs investeringer i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand?

Spørsmålet kan evt avgrenses til å gjelde noen av selskapene.

Formålet med å pålegge Finansdepartementet en slik plikt er at vurderingen kan lede frem til beslutning om å endre referanseindeksen slik at de kanadiske tjæresandselskapene tas ut p g a selskapenes negative påvirkning av klimaet.

Formålsbestemmelsen i SPU-lovens § 1 krever at «langsiktige hensyn» ivaretas ved forvaltningen av midlene i SPU. Begrepet må fortolkes på bakgrunn av relevante rettsregler.

Grunnlovens 110 b første ledd annet punktum krever at langsiktige hensyn ivaretas og at naturens ressurser bevares for etterslekten. Forarbeidene til lovbestemmelsen fremhever at bestemmelsen er særlig anvendelig når det gjelder miljøproblemer som lovgiver ikke har tatt stilling til.

«Langsiktige hensyn» må, overensstem-

mende med harmoniseringsprinsippet, antas å stemme overens med folkeretten. Klimakonvensjonen viser at utslipp av blant annet CO₂ er et miljøproblem med stor tyngde.

IEAs World Energy Outlook tilsier at deler av de kanadiske tjæresandressursene må forbli uutnyttet dersom (det politiske) 2-gradersmålet skal nås. OECD påpeker at dagens klimagassutslipp må reduseres vesentlig dersom 2-gradersmålet skal nås. At anerkjente autoriteter (IEA og OECD) peker på at utslippet av klimagasser må ned (hva enten dette måles mot 2-gradersmålet eller ikke), og at produksjon av olje fra tjæresand er særlig problematisk, viser at vi står ovenfor et vesentlig miljøproblem av den art som både Grunnlovens 110 b første ledd annen setning og UNFCCC skal forebygge og forhindre.

Føre var-prinsippet, slik dette er nedfelt i naturmangfoldloven og slik det eksisterer som et anerkjent internasjonalt miljøprinsipp, tilsier at norske myndigheter tar IEAs og OECDs beregninger på alvor, og spesielt vurderer om det er forsvarlig å opprettholde investeringene i selskaper som produserer olje fra tjæresand.

Etikkrådet har gitt uttrykk for at klimahensyn alene ikke vil begrunne utelukkelse fra SPUs investeringsunivers. Graver-utvalget anså at klimahensyn best ble ivaretatt ved utø-

velse av aksjonærrettigheter. Vi har ingen opplysninger som tilsier at aksjonærrettigheter er et effektivt virkemiddel i denne sammenheng. Eierandelen i det enkelte selskap er for lav til at SPU kan drive effektiv påvirkning, for eksempel ved å påvirke selskapet til å trekke seg ut av tjæresandprosjekter. Dessuten vil SPU som aksjonær i selskaper som produserer olje fra tjæresand, neppe gå inn for at produksjonen opphører; da hadde det vært bedre å unnlate å investere i de aktuelle selskaper. (I teorien er det mer nærliggende for staten som majoritetsaksjonær i Statoil å utøve aksjonærrettigheter relatert til de tjæresandprosjekter Statoil er involvert i.)

Finansdepartementet har ved utarbeidelsen av referanseindeksen NBIM handler etter, reelt sett besluttet at SPU skal være investert i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand. Finansdepartementet har videre unnlatt å senere beslutte at slike selskaper skal utelukkes fra SPUs investeringsunivers, hva enten dette er resultat av en aktiv beslutning eller en ren unnlattelse. Realiteten er at Finansdepartementet besluttet at NBIM er investert i de aktuelle selskaper, tilsynelatende uten at miljøkonsekvensene ved selskapenes virksomhet på forhånd er vurdert.

Ved at SPU investerer i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand, understøttes disse selskapers virksomhet. På grunn av sin negative klimaeffekt, påvirker selskapenes virksomhet naturmangfoldet, også i Norge.

I henhold til SPU-loven utøver Finansdepartementet offentlig myndighet når det forvalter SPU. Som offentlig myndighet er Finansdepartementet bundet av § 7 i naturmangfoldloven og retningslinjene i denne loven, blant annet § 8 om kunnskapsgrunnlaget og § 9 om føre-var prinsippet. CO₂-utslipp i Canada har konsekvens i Norge. Grunnlovens 110 b første ledd annet punktum, som særlig er anvendelig med henhold til miljøproblemer lovgiver ikke har

tatt fatt i, tilsier at naturmangfoldloven kommer til anvendelse selv om naturmangfoldloven først og fremst beskytter naturmangfoldet i Norge. Naturmangfoldlovens § 8 krever at en offentlig beslutning som vedrører naturmangfoldet må være basert på et forsvarlig kunnskapsgrunnlag vedrørende det naturmangfold som berøres av en beslutning. Det faktum vi per i dag besitter vedrørende departementets beslutningsgrunnlag med hensyn til å være investert i de aktuelle selskaper, tilsier at beslutningsgrunnlaget er utilstrekkelig. Ut fra føre-var prinsippet i § 9, bør departementet, selv om det besitter mer kunnskap enn vi kjenner til, gjøre en konkret vurdering av om tjæresandinvesteringene bør utelukkes fra SPUs investeringsunivers på grunn av sin negative miljøeffekt. I denne vurderingen må også OECDs og IEAs vurderinger hensyntas.

Selv om naturmangfoldloven anses å ikke komme til anvendelse direkte fordi kanadiske tjæresandprosjekter faller utenfor det naturmiljø naturmangfoldloven er ment å beskytte, kan det anføres at de prinsipper naturmangfoldloven er uttrykk for gjelder mer generelt fordi dette er nødvendig for å sikre naturmiljøet for etterslekten, jf Grunnlovens 110 b. Hensynet om å bevare naturens mangfold for etterslekten, gjelder neppe kun den etterslekt som bor i Norge. Føre-var prinsippet, som er internasjonalt forankret som et rettslig prinsipp og blant annet nedfelt i fortalen til EØS-avtalen, sammenholdt med Grunnlovens 110 b første ledd annet punktum, tilsier også at de prinsipper naturmangfoldloven uttrykker kommer til anvendelse på virksomhet i andre land når virksomheten direkte eller indirekte understøttes av norske myndigheter.

Det kan argumenteres godt for at staten ved Finansdepartementet plikter å vurdere særskilt hvorvidt selskaper som produserer olje fra tjæresand bør utelukkes fra SPUs investeringsunivers.

Det kan vurderes om plikten til å vurdere miljøforhold knyttet til SPUs investeringer i kanadisk tjæresand kan formuleres som et krav til saksbehandlingen i forkant av at en investeringsbeslutning tas (utarbeidelse av referanseindeks), og evt om saksbehandlingen ikke har vært tilstrekkelig.

Hvis det kan påvises at prinsipper om forsvarlig saksbehandling i forvaltningen ikke er overholdt, kan dette også føre til at beslutningen om å investere i de aktuelle selskapene (som først og fremst er truffet ved utforming av referanseindeksen) er ugyldig.

Forvaltningslovens § 41 angir et rettslig prinsipp om virkningen av at det er begått saksbehandlingsfeil, i forhold til et vedtaks gyldighet. Etter denne bestemmelsen er et vedtak likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Formelt regulerer forvaltningsloven § 41 kun brudd på saksbehandlingsregler som finnes i forvaltningsloven, eller som er gitt i medhold av denne loven. Men prinsippet om at det må foreligge en mulighet for at feilen har innvirket på avgjørelsen før ugyldighet statueres, gjelder også i hovedsak ved brudd på andre saksbehandlingsregler, jf uskrevne normer om god forvaltningsskikk.

Hvis det kan sannsynliggjøres at investeringene ikke ville vært gjennomført dersom saksbehandlingen hadde vært grundigere, slik at prinsippene nedfelt i naturmangfoldloven hadde vært ivaretatt, kan dette medføre at beslutningen anses ugyldig. Dette gjelder selv om beslutningen ikke er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Motsatt; hvis det er sannsynlig at saksbehandlingsfeilen ikke har påvirket beslutningen om å investere i de aktuelle selskaper, det vil si at investeringene uansett ville vært foretatt, er beslutningen likevel gyldig, jf prinsippet i forvaltningslovens § 41.

6.2. ER SPUS INVESTERINGER I SELSKAPER SOM PRODUSERER OLJE FRA KANADISK TJÆRESAND I STRID MED SPU LOVENS FORMÅLSBESTEMMELSE? De argumenter som er trukket frem i drøftelsen under pkt 6.1 kan anføres også i forhold til denne problemstillingen. I henhold til SPU-loven er Finansdepartementet tillagt betydelig skjønnsfrihet ved (penge)forvaltningen av SPU. Det uttrykkes kun at departementet forvalter midlene, jf lovens § 2.

Det er sikker rett at domstolene ikke har kompetanse til å overprøve beslutninger som faller innenfor forvaltningens frie skjønn. Unntak gjelder dersom det kan påvises at skjønnsutøvelsen er klart urimelig, eller vilkårlig eller dersom grensene for skjønnsfrihet er overskredet.

Føre-var prinsippet har også betydning for rettsanvendelsen og forvaltningens skjønnsutøvelse. I skjønnsutøvelsen kan prinsippet berettige at det må legges avgjørende vekt på om investeringsbeslutning i seg selv eller sammen med andre miljøpåvirkninger, betyr en uakseptabel risiko for miljøskade. Det at det (sannsynligvis) overhodet ikke er foretatt vurderinger i tråd med føre-var prinsippet og Grunnlovens §110 b, tilsier at skjønnsutøvelsen har vært vilkårlig og skjønnet følgelig uforsvarlig. Dette er et argument for at domstolen må overprøve også skjønnsutøvelsen og hvorvidt beslutningen om å investere i kanadiske tjæresandprosjekter er ugyldig.

6.3. ER MANDATET TIL NBIM DELVIS UGYLDIG? Mandatets utforming er en lovhjemlet beslutning. Finansdepartementet kunne ikke gitt mandatet uten at departementet selv hadde fått kompetanse i SPU-loven.

En lovhjemlet beslutning vil være helt eller delvis ugyldig blant annet hvis det er uhjemlet (går utover grensene for kompetansetildelingen) eller er i strid med lov.

SPU-lovens § 2 gir Finansdepartementet kompetanse til å forvalte SPU. Videre gir lovens

§ 7 er departementet hjemmel til å fastsette forskrifter om forvaltningen av fondet. Hvorvidt en forskrift gis eller ikke ligger innenfor departementets skjønnsfrihet, det vil si at det kan unnlate å gi en forskrift. Dette tilsier at departementet kan gjøre det mindre, nemlig å gi en instruks om forvaltningen av fondet, slik departementet har gjort. Det er neppe grunnlag for å hevde at mandatet er ugyldig fordi det ikke er gitt ved forskrift.

Et annet spørsmål er om mandatet går ut over forskriftshjemmelen i lovens § 7 fordi regimet med referanseindeks, og måten indeksen er lagt opp, gjør det umulig eller svært vanskelig å legge tilstrekkelig vekt på andre langsiktige hensyn enn de finansielle. Hvis mandatet er uhjemlet, er det ugyldig og uten rettsvirkning. Dom med dette innhold vil medføre at Finansdepartementet utarbeider et nytt mandat som ligger innenfor lovens rammer (tar høyde for at det løpende må legges vekt på også klimahensyn)

Som redegjort for under punkt 7.1, må «langsiktige hensyn» i § 1 fortolkes på bakgrunn av blant annet Grunnlovens 110 b og UNFCCC, hvilket innebærer at klimahensyn er del av de langsiktige hensyn som skal ivaretas.

Etikkrådets arbeid med blant annet utelukkelse fra investeringsuniverset kan hevdes å være for snevert til at det løpende kan legges tilstrekkelig vekt på klimahensyn. Det er uttalt at klimahensyn som sådan ikke kan begrunne utelukkelse. Arbeidet kan dessuten og nødvendigvis kun omfavne enkelte problemstillinger og enkelte selskaper. Arbeidet er heller ikke egnet til å gjøre raske skift i investeringsstrategien, dersom dette er nødvendig for å ivareta langsiktige miljøhensyn.

Mandatet har innebygget en selvmotsigelse: Referanseindeksen gjør det vanskelig eller kanskje umulig å gjøre nødvendige miljøvurderinger løpende og i takt med de investeringer som gjøres Dette til tross for at mandatets kapittel

2 krever at slike vurderinger gjøres. Mandatets utforming gjør derfor at miljøhensyn ikke i tilstrekkelig grad kan tas løpende, og hensynene nedfelt i mandatets kapittel 2 ivaretas i for liten utstrekning. Som det har fremgått, mener vi at miljølovgivningen stiller krav som er helt sentrale når det tas stilling til hvilke vurderinger som er nødvendige og tilstrekkelige.

Føre-var prinsippet tilsier at risikoen for at miljøhensyn ivaretas i for begrenset utstrekning, tillegges vekt i vurderingen av om mandatet er uhjemlet og (delvis) ugyldig. Anførselen om ugyldighet er knyttet til den del av mandatet som gjelder utformingen av referanseindeksen.

Som nevnt under punkt 5.2 kan Grunnlovens 110 b påberopes som selvstendig rettsgrunnlag. Bestemmelsen skal blant annet sikre at miljøhensyn / problemer som lovgiver ikke har tatt stilling til ivaretas. Bestemmelsen i tredje ledd, om at statens myndigheter skal gi bestemmelser til gjennomføring av hensynene i Grunnlovens 110 b, tilsier at staten i hvert fall ikke må gjøre det motsatte; nemlig som her ved å utarbeide et mandat som hindrer at det gjøres reelle vurderinger av miljøhensyn løpende.

Det kan anføres at Stortingets delegasjon av forvaltningskompetanse til Finansdepartementet, jf SPU-lovens § 2, er så altomfattende at departementet står helt fritt med hensyn til hvordan mandatet til NBIM utformes. I såfall må det vurderes om de statsrettslige skrankene for delegasjon av myndighet er overskredet. ■

7. KONKLUSJON

Basert på det faktum som er forelagt oss vedrørende SPUs investeringer i selskaper som produserer olje fra kanadisk tjæresand, mener vi det er mulig å føre en prosedabel sak mot staten ved Finansdepartementet der investeringene problematiseres og det nedlegges en påstand som oppfyller de prosessuelle krav.

I vurderingen av faktum legger vi vesentlig vekt på det betydelige omfang investeringene har, at det må antas å være kjent for Finansdepartementet at disse selskapenes virksomhet har klart negativ klimaeffekt, jf IEAs analyser og OECDs vurderinger.

Det er svært vanskelig å mene noe om hvor store sjansene for å nå fram med et søksmål er. Dette henger sammen med sakens faktiske og rettslige kompleksitet. Dertil kommer sakens politiske dimensjoner. ■

8. FORSLAG OM Å FREMME NYE LOVBESTEMMELSER VEDRØRENDE STATENS PENSJONSFOND UTLANDS INVESTERINGER

Lov om Statens pensjonsfond utlands § 2 første og annet ledd lyder:

«Statens pensjonsfond forvaltes av Finansdepartementet. Fondet består av Statens pensjonsfond utland (SPU) og Statens pensjonsfond Norge (SPN).

Statens pensjonsfond utland plasseres som innskudd på konto i Norges Bank. I Motverdien forvaltes etter nærmere regler fastsatt av departementet, jf. § 7»

I dag er det ikke gitt noen forskrifter om forvaltningen av midlene, jf annet ledd. Derimot har Finansdepartementet gitt mandat og retningslinjer som trekker opp viss rammer eller begrensninger for forvaltningen.

Forskjellen på å ha rammer for forvaltningen i lov og retningslinjer, er at Finansdepartementet står fritt til å endre sistnevnte. Departementet ville stått forholdsvis fritt til å endre rammer trukket opp i forskrifter også, dog slik at forslag om forskriftsendring måtte vært sent på høring i henhold til utredningsforskriften av 18. februar 2000.

Sett hen til de store verdier SPU forvalter (folkets midler), er det i SPU-loven, som kun kan endres av Stortinget, svært få rammer for forvaltningen av midlene. Den politiske frihet dette innebærer er trolig ønsket av den til enhver tid sittende regjering. Sammenlignbar

frihet ser vi foreligger også på andre områder for statlig virksomhet.⁴³

Forvaltningen av SPU skiller seg imidlertid fra det meste av annen statlig økonomisk virksomhet, ved at det er uttrykkelig uttalt at målet med forvaltning av investeringsporteføljen er høyest mulig avkastning, jf mandatet § 2-1 (1). Dette målet må nødvendigvis (som i annen økonomisk virksomhet) avveies mot andre viktige hensyn, som for eksempel menneskerettigheter og hensynet til miljø og klima. Utfordringen med å balansere ønsket om høyest mulig avkastning mot andre tungtveiende hensyn, tilsier at noen av de nødvendige grenser trekkes opp i loven om SPU. Ved forslag om å lovfeste slike begrensninger, er det naturlig å ta med noen flere forhold enn kun klimahensyn, etter mønster fra dagens retningslinjer for observasjon og utelukkelse fra SPU.

Lovfesting av begrensninger for hva fondets midler kan investeres i, her avgrenset til å fokusere på å sikre at miljøhensyn ivaretas i større grad enn i dag, kan gjøres ved at lov om Statens pensjonsfond utland får en ny § 3 som kan lyde:

«Statens pensjonsfond utland skal forvaltes slik at fondet ikke bidrar til å finansiere selskaper eller enheter som medvirker til eller selv er ansvarlig for:

► grove eller systematiske krenkelser av

⁴³ F eks forvaltes Energifondet av Enova SF, som etter lov om statsforetak av 30. august 1991 har betydelig frihet. Imidlertid er forvaltningen av Energifondet som sådan nærmere regulert i avtale mellom Enova SF og Olje- og energidepartementet, og avtalen stiller i praksis departementet forholdsvis fritt m h t disponeringen av fondets midler.

menneskerettighetene som for eksempel drap, tortur, frihetsberøvelse, tvangsarbeid, de verste former for barnarbeid

► alvorlige krenkelser av individets rettigheter i krig eller konfliktsituasjoner

► alvorlig miljø- og klimaskade. Med alvorlig klimaskade forstås blant annet utslipp av CO₂-ekvivalenter per produsert enhet i et omfang som overstiger gjennomsnittlige utslipp av CO₂-ekvivalenter for å frembringe et sluttprodukt med sammenlignbart anvendelsesområde.

► alvorlig korrupsjon

► andre særlige brudd på etiske normer

Vurderinger av de enkelte selskaper og enheters virksomhet, skal i størst mulig utstrekning gjøres før investeringer foretas.»

Med unntak av kursivert tekst, er teksten hentet fra Retningslinjer for observasjon og utelukkelse fra Statens pensjonsfond utlands investeringsunivers. Kursivert tekst er ny tekst.

Forslaget skiller seg fra dagens regulering av disse temaer ved at teksten over endrer legal karakter, fra en retningslinje til en lov. Videre er det nytt at det klart angis at vurderinger av de selskaper det investeres i, sett i forhold til lovfestede rammer, bør skje på forhånd. I litra c) er det forsøksvis etablert en grense for hvor store CO₂-utslipp som anses akseptable. I lovtekst mener vi det ikke er naturlig å ha virksomhetsspesifikke regler, for eksempel kun knyttet til utvinning av olje fra tjæresand. Grensen for CO₂-utslipp vil derfor etter forslaget gjelde all virksomhet som genererer utslipp. Forslaget er følgelig teknologi- og bransjenøytralt.

Hvilken tekst som forslås er sentralt for lovforslagets mulighet for å bli vedtatt. Dette må derfor vurderes svært grundig.

Ny lovtekst vil medføre at Finansdepartementets retningslinjer må justeres slik at overlappende tekst i forhold til loven tas ut. Dette kan imidlertid gjøres av Finansdepartementet på eget initiativ og uten at formelle regler må følges.

Ved fremme av et lovforslag må det utarbeides et særskilt og begrunnet dokument om dette. Det må også vurderes hvilken forslagsstiller som har størst mulighet for å få aksept for et eventuelt forslag. ■



ENERGIOGKLIMA.NO

Nettmagasinet Energi og Klima tar opp aktuelle norske og internasjonale klima- og energispørsmål med spesiell vekt på fornybar energi og innovative løsninger. Energi og Klima er både en debattplattform og kunnskapsformidler. Magasinet oppdateres daglig.

Energi og Klima redigeres etter Redaktørplakaten og Vær varsom-plakaten. Magasinet er eid av Norsk Klimastiftelse. Ansvarlig redaktør: Anders Bjartnes

Alle artiklene i denne rapporten er tilgjengelig på energiogklima.no.
