

KLIMA- OG MILJØDEPARTEMENTET
Postboks 8013 DEP
0030, OSLO

Oslo, 11.05.2022
Deres ref: 2013/4417
Saknr: 3267
Ansvarlig advokat: Tine Larsen

Begjæring om omgjøring av tillatelse til deponi av avgangsmasser i Førdefjorden og søksmålsvarsel

Det vises til tillatelse til Nordic Rutile AS etter forurensningsloven § 11, gitt av Klima- og miljødepartementet i vedtak av 5. juni 2015 og stadfestet av Kongen i statsråd 19. februar 2016. Tillatelsen er senere overført til Miljødirektoratet, som endret tillatelsen i vedtak av 18. januar 2021. Endringen ble stadfestet av Klima- og miljødepartementet i vedtak av 23. november 2021.

Undertegnede bistår Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom, og begjærer med dette omgjøring av forurensningstillatelsen til gruvedrift og sjødeponi til Nordic Rutile AS. Bakgrunnen er at tillatelsen ikke er i henhold til kravene i mineralavfallsdirektivet (direktiv 2006/21/EF) og avfallsforskriften kapittel 17.

I henhold til tvisteloven § 5-2 varsles samtidig at det er aktuelt å gå til søksmål med krav om at utslippstillatelsen kjennes ugyldig dersom begjæringen ikke tas til følge.

1. Sakens bakgrunn – tillatelser til Nordic Rutile AS

Nordic Rutile AS (tidl. Nordic Mining) planlegger gruvedrift for utvinning av rutil i Engebøfjellet, med sjødeponi for avgangsmassene i Førdefjorden.

Naustdal (nå Sunnfjord) og Askvoll kommuner vedtok i mai 2011 reguleringsplan for gruvedrift i Engebøfjellet med sjødeponi i Førdefjorden. Vedtakene ble endelig godkjent av Kommunal- og moderniseringsdepartementet 17. april 2015.

Nordic Rutile AS søkte i 2008 om tillatelse etter forurensningsloven § 11. Klima- og miljødepartementets (KLD) gav i vedtak av 5. juni 2015 tillatelse til gruvedrift i Engebøfjellet med sjødeponi i Førdefjorden for avgangsmassene. Vedtaket ble påklaget og stadfestet av Kongen i statsråd 19. februar 2016. Miljødirektoratet endret forurensningstillatelsen i vedtak av 18. januar 2021, som ble stadfestet av departementet 23. november 2021.

I tillegg til miljøforvaltningens behandling av tillatelse til forurensende virksomhet, har Direktoratet for mineralforvaltning (DMF) behandlet søknad om driftskonsesjon etter mineralloven. DMF fattet vedtak hvor Nordic Rutile AS ble tildelt driftskonsesjon 17. juni 2020, som ble opprettholdt av Nærings- og fiskeridepartementet i vedtak av 6. mai 2022.

2. Mineralavfallsdirektivet og avfallsforskriften

Direktiv 2006/21/EF, mineralavfallsdirektivet, ble besluttet tatt inn i EØS-avtalens vedlegg XX den 5. februar 2009, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 18/2009. Direktivet trådte i kraft i Norge 1. august 2011 og er implementert i avfallsforskriften kapittel 17, som trådte i kraft 15. juni 2012.

Mineralavfallsdirektivet søker å minimere skadevirkningene på miljø og menneskers helse som følge av avfallshåndtering fra utvinning, og særlig gruvevirksomhet, se art. 1 og art. 2 nr. 1. Dette gjøres blant annet ved at den som skal utvinne mineraler, må utarbeide en avfallshåndteringsplan, se mineralavfallsdirektivet art. 5 og avfallsforskriften § 17-5 bokstav d, jf. § 17-7. Det stilles også krav om tillatelse til avfallshåndteringen, se direktivet art. 7 og avfallsforskriften § 17-4. Tillatelsen skal være en integrert del av virksomhetens tillatelse etter forurensingsloven § 11, og må blant annet inneholde *godkjent* avfallshåndteringsplan, jf. direktivet art. 7 og avfallsforskriften § 17-6 bokstav c.

Det bemerkes at EFTAs overvåkingsorgan, ESA, har antydnet flere mangler ved Norges implementering av mineralavfallsdirektivet. Det vises til ESAs brev til KLD datert 25. september 2017 og senere korrespondanse (ESA Case No. 80563).

3. Manglende etterlevelse av mineralavfallsdirektivet og avfallsforskriften i tillatelsen til sjødeponi i Førdefjorden

Det forelå ikke en avfallshåndteringsplan for Nordic Rutiler prosjekt på Engebøfjellet i henhold til mineralavfallsdirektivet art. 7 og avfallsforskriften § 17-5 bokstav d, jf. § 17-7, på søknadstidspunktet eller på noe annet tidspunkt før tillatelsen ble stadfestet i 2016. Slik plan forelå heller ikke da tillatelsen ble endret i 2021. Avfallshåndteringsplanen er en viktig del av beslutningsgrunnlaget for tillatelse etter avfallsforskriften § 17-4.

Tillatelse etter avfallsforskriften skal integreres som del av virksomhetens tillatelse etter forurensingsloven § 11, jf. avfallsforskriften § 17-4. Det fremgår ikke av forurensningstillatelsen at Nordic Rutiler har nødvendig tillatelse etter avfallsforskriften kapittel 17.

3.1 Manglende avfallshåndteringsplan

I henhold til mineralavfallsdirektivet art. 7 nr. 2 bokstav c og avfallsforskriften 17-5 bokstav d skal avfallshåndteringsplanen *være en del av søknaden om tillatelse*.

Det anses som uomtvistet at det ikke ble fremlagt en avfallshåndteringsplan på søknadstidspunktet eller på noe annet tidspunkt før det ble innvilget forurensningstillatelse til Nordic Mining. I stedet er det stilt vilkår om at det skal utarbeides slik avfallshåndteringsplan før deponeringen i sjø starter, jf. tillatelsens vilkår 8.3.1:

«Nordic Rutiler ASA skal ha en avfallshåndteringsplan som beskriver avfall fra uttak og oppredningsprosesser, overvåking og kontroll av deponier, alternativ bruk av avgangsmasser og avslutning/etterdrift av deponier og rehabilitering av disse. Planen skal også inneholde en karakterisering av mineralavfallet. Avfallshåndteringsplanen skal utarbeides etter kriterier satt i avfallsforskriftens kapittel 17, § 17-7.

Avfallshåndteringsplan for gråbergsdeponiet skal sendes Miljødirektoratet, og skal være godkjent av Miljødirektoratet før deponi kan tas i bruk.»

Det følger videre av tillatelsen punkt 8.3.2 at bedriften i avfallshåndteringsplanen skal legge til rette for at avgangsmasser og gråberg som ikke kan benyttes som en ressurs for andre formål, i størst mulig grad skal tilbakeføres til de hulrom som gravedriften etterlater, og i 8.3.3 at bedriften skal arbeide kontinuerlig med å redusere mengden avgang/gråberg som må deponeres gjennom å finne en alternativ anvendelse av avgangen.

Kravet om at avfallshåndteringsplan skal være *en del av søknaden om tillatelse* er for at avfallsminimering og alternative løsninger vurderes *før* det gis tillatelse til for eksempel sjødeponi med de ulemper det medfører.

I forbindelse med Nærings- og fiskeridepartementets klagebehandling av driftskonsesjonen, ble det reist en rekke spørsmål knyttet til miljøforholdene og tillatelsen gitt av KLD i sin tid. KLD ba Miljødirektoratet uttale seg om disse innsigelsene. Til anførselene om at avfallshåndteringsplan ikke var del av søknaden da forurensingstillatelsen ble gitt, svarte Miljødirektoratet i brev av 9. desember 2021:

Det følger av avfallsforskriften § 17-5 at forslag til avfallshåndteringsplan skal følge søknad om tillatelse til avfallsanlegg. Den opprinnelige søknaden ble sendt inn før avfallsdirektivets krav om avfallshåndteringsplan var implementert i norsk regelverk. Før vedtak om tillatelse ble det likevel vurdert at søknaden inneholdt tilstrekkelig informasjon om avfallshåndtering, selv om dette ikke var sammenstilt i ett dokument. I tråd med avfallsforskriften § 17-7 og tillatelsens punkt 8.3 skal en fullstendig avfallshåndteringsplan sendes inn og godkjennes av Miljødirektoratet før deponering kan starte. Planen skal utarbeides med sikte på minimering, behandling, nyttiggjøring og deponering av mineralavfallet. Formålet med planen er blant annet å forhindre eller begrense avfallsproduksjonen og dens skadevirkninger, bl.a. ved å vurdere tilbakefylling av avfallet i det tomme bruddet (gruven), forutsatt at dette er teknisk og økonomisk mulig, og miljømessig forsvarlig.

Tilsvarende argumentasjon for hvorfor avfallshåndteringsplan ikke forelå på vedtakstidspunktet er fremsatt av miljøforvaltningen ved flere anledninger, herunder i departementets stadfesting av endret tillatelse 23. november 2021 og i svar til ESA 8. desember 2021 punkt 6 (ESA Case No. 80563).

Miljøforvaltningen synes med dette å være av den oppfatning at *søknadstidspunktet* er skjæringstidspunktet for når mineralavfallsdirektivets krav om avfallshåndteringsplan skal anvendes i saksbehandlingen av tillatelser til gruvedrift.

Det er ingen overgangsbestemmelse som regulerer dette spørsmålet i avfallsforskriften kapittel 17 eller i mineralavfallsdirektivet. Utgangspunktet må da være at de lovbestemte kravene må være oppfylt på tillatelsestidspunktet. Eventuelle søknader som er kommet før direktivet trådte i kraft og mangler obligatorisk dokumentasjon, må supplere søknaden i henhold til direktivets krav før tillatelse kan innvilges.

Et slikt krav til oppdatering av søknaden før tillatelse innvilges, støttes også av overgangsbestemmelsen i avfallsforskriften § 17-18 første ledd hvor eksisterende avfallsanlegg var pålagt å sende inn opplysningene som er nevnt i § 17-5 (herunder avfallsplan jf. § 17-5 bokstav d) innen 1. september 2012 slik at forurensningsmyndigheten kunne endre tillatelsen i tråd med kravene i § 17-6, herunder godkjent avfallsplan jf. § 17-6 bokstav c. Når *etablerte* avfallsanlegg omfattet av mineralavfallsdirektivet måtte sende inn avfallshåndteringsplan innen 1. september 2012 med påfølgende oppdatering av gjeldende tillatelse, har det formodningen mot seg at de virksomheter som kun har *søkt* om tillatelse på ikrafttredelsestidspunktet for mineralavfallsdirektivet og avfallsforskriften, ikke må oppdatere sin søknad i henhold til mineralavfallsdirektivet før tillatelse kan gis.

3.2 Betydningen av at det mangler mineralavfallsplan før det gis tillatelse

Avfallshåndteringsplanen skal foreligge med søknaden for at den skal kunne fungere etter sitt formål og bidra til å minimere avfallsproduksjonen.

Mineralavfallsdirektivet art. 5 regulerer avfallshåndteringsplaner. I art. 5 nr. 2 angis formålet, og i art. 5 nr. 3 listes det opp hva avfallshåndteringsplanen skal inneholde.

I art. 5 nr. 2 heter det, i dansk versjon:

2. Affaldshåndteringsplanen har følgende formål:

a) at forhindre eller begrænse affaldsproduktionen og dens skadevirkninger, især ved, at der tages hensyn til:

i) affaldshåndtering både i konstruktionsfasen og ved valget af metode til mineraludvinding og -oparbejdning

Den engelske versjonen lyder:

2. The objectives of the waste management plan shall be:

(a) to prevent or reduce waste production and its harmfulness, in particular by considering:

(i) waste management in the design phase and in the choice of the method used for mineral extraction and treatment;

Som ordlyden viser, er altså noe av formålet med avfallshåndteringsplanen at den ansvarlige tidlig skal identifisere hvordan avfallshåndteringen kan foregå for å minimere skadevirkninger. Dette angis som «konstruktionsfasen»/«in the design phase». I den tyske versjonen er ordlyden «in der Planungsphase». Dette underbygges også av fortalen til direktivet, se for eksempel punkt 11 og 13, som vektlegger nettopp forebygging.

Det fremgår forutsetningsvis av dette at avfallshåndteringsplanen skal gjøres tidlig, og i alle fall før tillatelse gis. Det gir vesentlig mindre mening å sende inn en avfallshåndteringsplan *etter* at tillatelsen til deponi for avfallet alt er gitt, da poenget er nettopp at den som søker om tillatelse etter forurensningsloven, tidlig skal vurdere hvordan avfallshåndteringen kan og bør legges opp. Dette er vesentlig informasjon og en viktig del av beslutningsgrunnlaget når miljømyndighetene skal vurdere om tillatelse skal gis og hva som i så tilfelle er tillatelsens innhold, jf. forurensningsloven § 11 femte ledd, samt mineralavfallsdirektivet art. 7.

KLD og Miljødirektoratet har i stedet lagt til grunn at avfallshåndteringsplanen for Nordic Rutile AS først skal foreligge etter at tillatelsen er gitt, men før deponeringen starter.

Når tillatelsen allerede er gitt med aksept for sjødeponi, har bordet fanget: Det fremstår da mindre sannsynlig at Nordic Rutile AS ikke får godkjent en avfallshåndteringsplan som bygger på sjødeponi, når den samme miljømyndigheten allerede har tillatt denne formen for avfallshåndtering i forurensningstillatelsen. Driftskonseptet til Nordic Rutile AS legges følgelig opp i henhold til gitt tillatelse.

Dersom avfallshåndteringsplanen først skal foreligge før deponering starter, er dette først etter at gruvedriften er i gang og det har oppstått et behov for å deponere avfall. Da kan det være for sent å endre driftskonsept og håndtere gruveavfallet på annen måte. Avfallshåndteringsplanen blir en etterfølgende formalitet, og ikke en reell vurdering av mulighetene for å unngå sjødeponi.

Det på tross av at det i dag er fullt mulig å etablere gruvedrift ved Engebøfjellet uten sjødeponi, og at tillatelsen til sjødeponi er unødvendig. Det vises til at Arctic Mineral Resources AS har søkt om å drive mineralvirksomhet på deler av den samme forekomsten uten dagbrudd og sjødeponi. At dette er mulig underbygges også av at Norge er det eneste landet forpliktet av mineralavfallsdirektivet som fremdeles driver med aktiv sjødeponering av gruveavfall, jf. EU-kommisjonens rapport *Best Available Techniques (BAT) Reference Document for the Management of Waste from Extractive Industries* (2018)¹ side 62 og 82.

Departementet og direktoratet skriver at søknaden til gruvedrift med sjødeponi «inneholdt tilstrekkelig informasjon om avfallshåndtering, selv om dette ikke var sammenstilt i ett dokument», jf. brev av 23. november 2021 og 9. desember 2021.

Naturvernforbundet og Natur og Ungdom finner ikke godtgjort at kravene til avfallshåndteringsplanen var oppfylt på søknadstidspunktet.

¹ Best Available Techniques (BAT) Reference Document for the Management of Waste from Extractive Industries (2018) https://ec.europa.eu/environment/pdf/waste/mining/MWEI_BREF.pdf

Dersom departementet mener at søknaden inneholdt tilstrekkelig informasjon om avfallshåndteringen, selv om dette ikke var å finne i form av en avfallshåndteringsplan («i ett dokument»), må man spørre seg hvorfor KLD og direktoratet mener det også skal utarbeides en avfallshåndteringsplan etter at tillatelsen ble gitt, men før deponering begynner. På den ene siden argumenteres det for at det forelå tilstrekkelig med informasjon om avfallshåndteringen til at det ikke trengtes en avfallshåndteringsplan. På den andre siden at det må lages en fullstendig avfallshåndteringsplan før deponeringen begynner.

3.3 Det er ikke gitt tillatelse etter avfallsforskriften kapittel 17

Avfallsforskriften § 17-4 første ledd fastslår at:

Den som skal drive et avfallsanlegg for mineralavfall som kan medføre forurensning eller virke skjemmende, må ha tillatelse fra forurensningsmyndigheten etter dette kapitlet. (vår understreking)

Tillatelsen etter avfallsforskriften skal ifølge § 17-4 integreres i utslippstillatelsen etter forurensningsloven § 11.

Tillatelsen gitt av KLD og senere revidert av Miljødirektoratet, inneholder ingen tillatelse etter avfallsforskriften kapittel 17. Det er ikke spor av vurderingene etter kapittel 17, utover henvisningen til at det skal utarbeides en avfallshåndteringsplan. Det bemerkes at en tillatelse etter avfallsforskriften kapittel 17 må oppfylle minstekravene til tillatelse angitt i § 17-6, blant annet *godkjent* avfallshåndteringsplan, jf. § 17-6 bokstav c.

Dette er mangel med innvirkning på vedtaket. Formålet med § 17-4 første ledd er nettopp å sikre at kravene i mineralavfallsdirektivet er kjent og vurdert før tillatelse gis, jf. art. 7.

Riktignok gir mineralavfallsdirektivet en adgang for myndigheten til å integrere tillatelsen som behøves etter direktivet, med den som kreves etter nasjonalt regelverk (forurensningsloven), se art. 7 nr. 1 andre ledd:

Forudsat at alle kravene i denne artikkel er oppfylt, kan tilladelser, der er udstedt i henhold til anden national lovgivning eller fællesskabslovgivning, kombineres til én enkelt tilladelse, hvis unødvendig gentagelse af oplysninger derved undgås, og driftsherren eller den kompetente myndighed spares for dobbeltarbejde. Forudsat at alle kravene i denne artikkel er oppfylt, kan elementerne i stk. 2 kombineres i én enkelt tilladelse eller i flere tilladelser.

Forutsetningen er, som det fremgår av siste setning, at kravene i art. 7 er oppfylt. Som nevnt inneholder art. 7 nr. 1 et krav om at tillatelsen inneholder «de opplysninger, der er opregnet i stk. 2». I art. 7 nr. 2 vises det som nevnt til avfallshåndteringsplanen, jf. bokstav c.

Følgelig kunne heller ikke miljømyndighetene gi en samlet tillatelse etter kapittel 17 og forurensningsloven § 11 i tilfellet her, all den tid avfallshåndteringsplanen mangler.

3.4 Betydningen av feil

Forurensningstillatelsen mangler nødvendig tillatelse etter avfallsforskriften kapittel 17, jf. § 17-4. Det er et minstekrav til tillatelse etter avfallsforskriften at det foreligger godkjent avfallshåndteringsplan, jf. § 17-6, hvilket ikke foreligger her. Dette er innholdsmangel ved tillatelsen, og fører som hovedregel til ugyldighet.

Det må også betraktes som en saksbehandlingsfeil at avfallshåndteringsplanen ikke forelå før tillatelse ble vurdert gitt. Avfallshåndteringsplaner er en vesentlig del av beslutningsgrunnlaget.

Denne feilen har hatt innvirkning på vedtakets innhold, se forvaltningsloven § 41. Avfallshåndteringsplanen ville tvunget tiltakshaver og forurensningsmyndigheten til å vurdere andre avfallsløsninger på et langt tidligere tidspunkt – «in the design fase», jf. mineralavfallsdirektivet art. 5 (2), og identifisert hvorvidt sjødeponi var nødvendig. Som det har vist seg er det mulig å etablere gruvedrift på Engebøfjellet uten sjødeponi.

Ifølge Rt. 2009 s. 661 (avsn. 72), skal det «gjennomgående nokså lite til» for at en saksbehandlingsfeil har hatt innvirkning, «der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket». Håndteringen av avgangsmasser er klart nok av stor betydning i vurderingen av om man skal tillate gruvedrift med sjødeponi. Det foreligger derfor mer enn en fjerntliggende mulighet for dette, jf. Rt. 2009 s. 661 (avsn. 71).

Som følge av dette må tillatelsen anses ugyldig.

4. Oppsummering og søksmålsvarsel

Det er mangler ved forurensningstillatelsen til Nordic Rutile AS da avfallshåndteringsplan ikke forelå før det ble gitt tillatelse etter forurensningsloven § 11. Videre mangler tillatelse etter avfallsforskriften kapittel 17. Tillatelsen som er gitt er derfor ugyldig.

På denne bakgrunn ber Naturvernforbundet og Natur og Ungdom om at Klima- og miljødepartementet omgjør vedtaket om tillatelse, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, jf. forurensningsloven § 18 første ledd nr. 6.

Før Miljødirektoratet eller KLD kan gi en tillatelse, må Nordic Rutile AS vurdere gruvedriften på ny for å begrense miljøeffektene av gruveavfallet, herunder sende inn en avfallshåndteringsplan. Det må vurderes å endre hele driftskonseptet for å oppnå avfallsminimering og unngå sjødeponi.

For øvrig vises det til omgjøringsbegjæring fremsatt 3. september 2021 fra Natur og Ungdom. Etter hva vi kjenner til er ikke denne omgjøringsbegjæringen avgjort. Naturvernforbundet slutter seg også til de argumenter for omgjøring som der er fremsatt.

Dersom vedtaket ikke omgjøres, varsles med dette i henhold til tvisteloven § 5-2 at det er aktuelt å reise søksmål med krav om at utslippstillatelsen kjennes ugyldig. Det bes om statens tilbakemelding innen tre uker, jf. tvisteloven § 5-2 annet ledd.

Vennlig hilsen

Dæhlin Sand Advokatfirma AS



Tine Larsen
Advokat

Kopi: Miljødirektoratet