

ANKETILSVAR

til

Høyesterett

Oslo, 8. oktober 2025

Vår ref.: 326672-001

Borgarting lagmannsretts sak 24-036660ASD-BORG/01

Ankende part: Staten v/Klima- og miljødepartementet og
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8013 Dep, 0030 Oslo

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/advokat Asgeir Nygård

Rettslig medhjelper: Regjeringsadvokaten v/advokat Karen Mellingen

Ankemotpart 1: Norges Naturvernforbund
Mariboes gate 8, 0183 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Asle Bjelland, CMS Kluge Advokatfirma AS

Ankende part 2: Natur og Ungdom
Torggata 34, 0183 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Amund Noss, CMS Kluge Advokatfirma AS

Saken gjelder: Gyldigheten av statlige tillatelser til deponering av gruveavfall i Førdefjorden

**CMS Kluge Advokatfirma
Stavanger**
Olav Kyrres gate 21, Herbarium
Postboks 277
4068 STAVANGER

Tel: 51 82 29 00
Fax: 51 82 29 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Oslo
Bryggegate 6
Postboks 1548, Vika
0117 OSLO

Tel: 23 11 00 00
Fax: 23 11 00 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Bergen
Allehelgensgate 2
Postboks 394 Sentrum
5805 BERGEN

Tel: 55 21 98 00
Fax: 55 21 98 01
E-post: post@cms-kluge.com

Organisasjonsnummer

913 296 117 MVA

Bank

9685.27.21690 (driftskonto)
8396.07.70946 (driftskonto EUR)
9685.27.21755 (klientmidler)
9685.27.54068 (eiendomsmegling)
SWIFT: HANDNOKK

1 INNLEDNING

Det vises til statens ankeerklæring av 15. september 2025.

Ankemotpartene, heretter omtalt som «miljøorganisasjonene», inngir felles anketilsvar.

Staten har påanket lagmannsrettens dom i sin helhet. Anken gjelder både rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

Anken inneholder mye fri argumentasjon som ikke er tydelig knyttet til bestemte formuleringer i lagmannsrettens dom. Inntrykket er at staten ønsker en helt ny behandling i Høyesterett, som om lagmannsrettens dom ikke eksisterte. Statens opplegg innebærer en betydelig utvidelse av saken, særlig fordi bevisførselen vil bli mer omfattende. Det er opplyst i ankens punkt 3 at staten vil utvide bevisførselen om «de faktiske forholdene som er relevante for mineraltilgangshensynet», samt de «konkrete miljøulempere som inngår i interesseavveining». Dersom staten gis anledning til dette, vil miljøorganisasjonene også ha behov for å utvide bevisførselen.

Miljøorganisasjonene forstår anken slik at staten har ti ulike innvendinger til lagmannsrettens dom. Den videre fremstillingen i anketilsvaret er basert på at statens ankegrunner kan sammenfattes slik:

1. De konkrete miljøulempene er ikke vurdert¹
2. Det var en lavere terskel for å tillate forringelse da utslippstillatelsen ble gitt²
3. Økonomiske hensyn er relevante³
4. Det skal foretas en samlet interesseavveining⁴
5. Hensynet til forsyningssikkerhet tilsier at vedtakene er gyldige⁵
6. Sysselsettingshensyn tilsier at vedtakene er gyldige⁶
7. Forvaltningen har gjort en oppdatert vurdering som tilsier at vedtakene er gyldige⁷
8. Feilen bør uansett ikke lede til ugyldighet⁸
9. Feilen er uansett reparert (ratihabert)⁹
10. Miljøorganisasjonene hadde ikke rettslig interesse¹⁰

Ankegrunnene er presentert i samme rekkefølge som i anken. Vi vil kommentere ankegrunnene fortløpende i punkt 3 til 12. Vi vil deretter, i punkt 13, drøfte hvilke ankegrunner som er prinsipielle og egnet for behandling i Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4.

Først vil vi i punkt 2 gi en kort sammenfatning av saken.

¹ Anken punkt 4.1 første avsnitt, jf. punkt 3 annet til syvende avsnitt.

² Anken punkt 4.1 annet avsnitt.

³ Anken punkt 4.1 fjerde avsnitt.

⁴ Anken punkt 4.2.

⁵ Anken punkt 4.3, jf. punkt 3 første avsnitt.

⁶ Anken punkt 4.4.

⁷ Anken punkt 4.5 og s. 11 nest siste avsnitt, jf. punkt 3.

⁸ Anken punkt 4.6.

⁹ Anken punkt 5.1 annet, tredje og syvende avsnitt.

¹⁰ Anken punkt 5.2, samt punkt 5.1 sjetten og åttende avsnitt.

2 SAKEN I ET NØTTESKALL

2.1 Sakens bakgrunn – lagmannsrettens fremstilling

Selskapet Engebø Rutile and Garnet AS («ERG») har fått tillatelse til gruvedrift i Engebøfjellet og sjødeponi i Førdefjorden i Sunnfjord kommune. ERG er et datterselskap av det børsnoterte selskapet Nordic Mining ASA («Nordic Mining»).

Gruveprosjektet i Engebø er planlagt med et sjødeponi der restmassene etter utvinning av mineraler (såkalte avgangsmasser) skal deponeres på bunnen av Førdefjorden. Avgangsmassene utgjør om lag 85% av malmen som brytes i fjellet, og staten har gitt tillatelse til deponering av totalt 170 millioner tonn avgangsmasse i fjorden.

Lagmannsrettens dom gir en god innføring i saken. Innledningsvis gir retten en oversiktlig og korrekt fremstilling av forekomsten, gruveprosjektet, tillatelsene, partene i saken og prosesshistorikken. Staten har i anken bekreftet at denne delen av lagmannsrettens dom, side 2 til 7, kan legges til grunn.¹¹

Miljøorganisasjonene vil bemerke at opplysningene om selskapets avtaler for salg av produsert rutil og granat synes å bygge på den muntlige forklaringen fra selskapets daglige leder Finn Marum.¹² Dette vitnet ønsket ikke å svare på en rekke konkrete spørsmål om hvem som var kjøpere, planer for videre bearbeiding og hvor sluttproduktene vil havne. Miljøorganisasjonene har ikke hatt mulighet til å etterprøve de opplysningene som ble gitt. Dersom staten mener at disse opplysningene er relevante, bør det fremlegges skriftlige dokumentasjon.

Partene er, med dette forbeholdet, enige om at lagmannsrettens fremstilling av sakens bakgrunn kan legges til grunn som et uomtvistet faktum. Vi forutsetter i det følgende at denne fremstillingen er kjent.

2.2 Enighet om at tiltaket vil forringe vannressursen Førdefjorden-Ytre

Partene er enige om at den økologiske tilstanden i vannforekomsten Førdefjorden-Ytre vil endres fra «god» til «dårlig» som følge av den planlagte deponeringen. I anken heter det:¹³

Bunnfaunaen vil som følge av deponeringen forsvinne i de delene av deponiområdet der deponeringen pågår. Det er dette som er utslagsgivende for at det vannforekomstens (Førdefjorden-ytre) økologiske tilstand iht. klassifikasjonssystemet i vannforskriften går fra god til dårlig.

Det er enighet om at dette er i strid med forringelsesforbudet i vannforskriften § 4. For å kunne tillate utslippet er det derfor nødvendig at unntaksvilkårene i vannforskriften § 12 er oppfylt. Dette er en materiell kompetansebegrensning som domstolene kan prøve fullt ut, både tolkningen og subsumsjonen. Dersom unntaksvilkårene ikke er oppfylt, vil forvaltningen ikke ha kompetanse til å gi utslippstillatelse etter forurensingsloven § 11. Det kan heller ikke gis driftskonsesjon etter mineralloven § 43.

¹¹ Anken punkt 3, første avsnitt.

¹² Lagmannsrettens dom s. 5, fjerde og femte avsnitt.

¹³ Anken s. 4, første avsnitt.

2.3 Lagmannsrettens dom

Miljøorganisasjonene reiste søksmål mot staten om tillatelsenes gyldighet 14. november 2022. Oslo tingrett frifant staten, men miljøorganisasjonene anket til Borgarting lagmannsrett.

Ankesaken ble begrenset til å gjelde ett av unntaksvilkårene i vannforskriften § 12, nemlig kravet om at det må foreligge «overriding public interests» (tvingende allmenne hensyn). Dette kravet følger av vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b, tolket i samsvar med EUs vanndirektiv (2000/60/EF). Dersom dette unntaksvilkåret ikke er oppfylt, mangler forvaltningen materiell kompetanse til å gi tillatelse.

Under saksforberedelsen for lagmannsretten ble det innhentet en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. Lagmannsretten la denne tolkningsuttalelsen til grunn og fant at både utslippstillatelsen og driftskonsesjonen var ugyldige og måtte oppheves som følge av materiell kompetansemangel. Miljøorganisasjonene fikk fullt medhold og ble tilkjent sakskostnader for både tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsrettens dom av 12. august 2025 har følgende slutning i punkt 1 til 4:

1. *Kongelig resolusjon 19. februar 2016 er ugyldig.*
2. *Klima- og Miljødepartementets vedtak 23. november 2021 er ugyldig.*
3. *Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 6. mai 2022 er ugyldig.*
4. *Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023 er ugyldig.*

2.4 Oversikt over vedtakene som er kjent ugyldige

Utslippstillatelsen ble gitt av Klima- og Miljødepartementet i 2015 og opprettholdt i statsråd 19. februar 2016. Tillatelsen har senere blitt revidert på to punkter: Vilkårene for kjemikaliebruk ble endret i KLDs vedtak 23. november 2021. Tillatt avfallsmengde ble endret fra 250 til 170 millioner tonn ved Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023. Alle disse tre vedtakene er kjent ugyldige, jf. domsslutningen punkt 1, 2 og 4.

I tillegg har Nærings- og fiskeridepartementet i klagevedtak 6. mai 2022 gitt ERG driftstillatelse etter mineralloven (heretter «driftskonsesjonen»). Dette vedtaket er også kjent ugyldig, jf. domsslutningen punkt 3.

2.5 Rotårsaken til feilen i vedtakene: Mangelfull gjennomføring av vanndirektivet

Når vannforskriften og vanndirektivet skal tolkes, er det helt grunnleggende å skille mellom ordinær samfunnsnytte («public interest») og samfunnshensyn som er spesielt tungtveiende («overriding public interest»). I den norske vannforskriften, som skal gjennomføre vanndirektivet i norsk rett, har kravet om at samfunnsnyttens må være «overriding» ikke kommet inn ordlyden. Dette er rotårsaken til at tillatelsene bygger på en uriktig rettsanvendelse.

I vedtakene er det lagt til grunn at vurderingen etter vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b er den samme som etter forurensningsloven § 11. Tillatelsene bygger altså på en rettsoppfatning om at ordinær samfunnsnytte kan være tilstrekkelig til å gjøre unntak fra forringelsesforbudet. Denne misforståelsen har oppstått som følge av den mangelfulle gjennomføringen av vanndirektivet. Feilen i vannforskriften har altså forplantet seg videre til forvaltningsvedtakene.

2.6 Begrunnelsen i tillatelsen: Fremtidige inntekter er den dominerende nytteeffekten

Utgangspunktet for vurderingen av vedtakenes gyldighet er forholdene på vedtakstidspunktet og den begrunnelsen som ble gitt i vedtaket.

I kongelig resolusjon av 19. februar 2016 ble tillatelsen begrunnet slik:

«Departementet vurderer at de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet. Inntektene fordeles mellom lønnstakere og aksjonærer, og som skatteinntekter til kommuner og staten. Naustdal kommune vil få økte skatteinntekter fra bedriften gjennom inntekts- og eiendomsskatt, og fra økt sysselsetting gjennom skatt på alminnelig inntekt, eiendomsskatt og formuesskatt. Andre kommuner kan få økte inntekter gjennom inntektsskatt fra ansatte som bosetter seg i deres kommune. Overskuddet fra bedriften skattlegges med 28% som går til staten. I tillegg kommer en statlig inntekt fra arbeidsgiveravgiften, som for Naustdal ligger på 10,6%

Disse økte inntektene er vurdert å ha stor positiv effekt. Gruvevirksomheten vil også medføre sysselsetting. Prisene på rutil vil variere over tid, men dette er forhold virksomheten vil ta i betraktning ved vurdering av tiltakets lønnsomhet. Uttak fra forekomsten i Engebøfjellet vil kunne dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år, da rutilforekomsten i Engebøfjellet representerer en av de største kjente forekomstene i fast fjell. Denne virksomheten vil derfor kunne sikre økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv. Lokalt vil en økning i skatteinntekter og sysselsetting kunne ha vesentlig betydning. Alt i alt forventes tiltaket å ha stor positiv effekt for bosetting lokalt, ikke minst Naustdal som er en relativt liten kommune som lenge har vært inne i en svakt fallende befolkningsutvikling.» (U 1877, 1887-1888)

Det fremgår tydelig av første avsnitt at det er de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten som utgjør hovedbegrunnelsen for å tillate tiltaket. Som beskrevet i vedtaket, vil disse inntektene bli fordelt mellom lønnstakere, aksjonærer og skattekreditorer.

De framtidige inntektene ble også tillagt avgjørende vekt i tidligere instanser. I Miljøverndepartementets vedtak formuleres det slik:

«De framtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet»

En tilsvarende formulering er inntatt i Miljødirektoratets anbefaling av 13. februar 2015:

«Det er helt klart at det er de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten som vil være den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet.»

I resolusjonens andre avsnitt vises det til at gruvevirksomheten vil gi økt sysselsetting og økt lokal bosetting. Dessuten påpekes det at virksomheten vil kunne «dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år». Dette synes ikke å være vektlagt som et selvstendig hensyn, men inngår i begrunnelsen for at virksomheten vil kunne «gi økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv».

2.7 EFTA-domstolens tolkningsuttalelse viser at begrunnelsen i tillatelsen ikke er holdbar

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse slår fast at ordinære resultater av økonomisk aktivitet ikke kan utgjøre et «tvingende allment hensyn». Det er ikke tilstrekkelig at gruveprosjektet vil gi inntekter og ha sysselsettingsvirkninger. EFTA-domstolen slår også fast at det å bidra til den globale forsyningen av et kritisk mineral ikke er tilstrekkelig.

Det kreves «særlige grunner» eller «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, jf. HR-2025-490-S avsnitt 65. Lagmannsretten var enige med partene i at det i denne saken ikke er grunnlag for å fravike EFTA-domstolens avgjørelse.¹⁴

Vi forstår statens anke slik at det fortsatt er enighet om at EFTA-domstolens tolkningsuttalelse skal legges til grunn.

Selv om EFTA-domstolen ikke foretar selve subsumsjonen, følger det klart av EFTA-domstolens generelle tolkning at utslippstillatelsen ikke er begrunnet med «tvingende allmenne hensyn». I tillatelsen er det kun vist til de ordinære virkningene av å legge til rette for en lønnsom industrivirksomhet.

2.8 Statens forsøk på hindre domstolsprøving av begrunnelsen som ble gitt i tillatelsen

2.8.1 Innledning

Miljøorganisasjonene ser det slik at staten gjentatte ganger har forsøkt å hindre en ordinær domstolskontroll av den begrunnelsen som ble gitt i vedtaket. Dels har staten tatt til orde for at tillatelsene skal opprettholdes med en helt annen begrunnelse enn den som ble gitt i tillatelsen (punkt 2.8.2). Dels har staten forsøkt å fremtvinge en endring av søksmålgjenstanden (punkt 2.8.3).

2.8.2 Forsøk å på å endre begrunnelsen

Den nye begrunnelsen for tillatelsen ble introdusert i tilsvaret til tingretten:¹⁵

[...] Staten er således ikke enig med saksøkerne i at hensynet til verdiskapning, lokale arbeidsplasser og sikring av tilgang på mineraler innad i EU ikke kan være en «overriding public interest»

Under sakens gang har denne nye begrunnelsen blitt skjøvet helt i forgrunnen. Samtidig er hensynet til verdiskapning blitt skjøvet helt i bakgrunnen.

I anketilsvaret til lagmannsretten fremhevet staten tre hensyn:¹⁶

- Sysselsettingsvirkningene
- Tilgangen på rutil globalt
- Sikre Norge og Europa tilgang til kritiske mineraler

¹⁴ Lagmannsrettens dom s. 22, siste avsnitt.

¹⁵ Statens tilsvaret til tingretten 13. januar 2023 s. 12 (U2 s. 176).

¹⁶ Statens anketilsvar til lagmannsretten 1. mars 2024 punkt 3.1 (U2 s. 1518).

Miljøorganisasjonene kommenterte dette slik:¹⁷

Det er oppsiktsvekkende at staten ikke nevner det som var hovedbegrunnelsen i vedtaket, nemlig de samlede inntektene fra gruvedriften. Miljøorganisasjonene antar likevel at den opprinnelige begrunnelsen ikke er frafalt. [...]

Staten bekreftet i neste prosesskriv at den opprinnelige begrunnelsen ikke var frafalt:¹⁸

I tillegg til de tre hensynene som omtales i anketilsvaret, mener staten også at Engebø-prosjektets inntektsvirkninger utgjøre en «overriding public interest». Hvert og ett av disse fire hensynene tilstrekkelige til at vedtaket er gyldig.

EFTA-domstolens uttalelse slår tydelig fast at inntektsvirkningene ikke kan utgjøre en «overriding public interest». Det samme gjelder hensynet til å bidra til den globale forsyningen av rutil.

I stedet for å erkjenne at tillatelsene ikke er begrunnet i relevante hensyn, inviterer staten domstolene til å opprettholde tillatelsene med en helt ny begrunnelse. Det hevdes nå at tillatelsen kan opprettholdes med følgende begrunnelse:

- Forsyningshensyn («Prosjektets betydning for å sikre tilgang på titanråstoffet rutil»)¹⁹
- Sysselsettingshensyn («Prosjektets funksjon som hjørnesteinsbedrift»)²⁰

Disse hensynene vil bli grundig behandlet i punkt 6 og 7 nedenfor. I dette punktet vil vi bare påpeke at statens begrunnelse for tillatelsene har vært i stadig endring. En slik form for domstolsbehandling er uhensiktsmessig, ressurskrevende og lite betryggende. I saker hvor det er spørsmål om å gjøre unntak fra forringelsesforbudet, må domstolskontrollen innrettes slik at det er begrunnelsen i vedtaket som prøves.

Dersom statens fremgangsmåte aksepteres, vil det ikke være nødvendig for forvaltningen å gi en holdbar begrunnelse på vedtakstidspunktet, fordi begrunnelsen uansett kan repareres mens saken står for domstolen. Dersom domstolskontrollen innrettes slik, vil det bli vanskelig for miljøorganisasjonene å utføre samfunnsoppdraget med å sørge for domstolskontroll av vedtak, selv om et vedtak åpenbart er mangelfullt begrunnet.

2.8.3 Forsøk på å fremtvinge en endring av søksmålgjenstanden

Mer enn ti år etter at utslippstillatelsen ble gitt, og etter avslutning av saksforberedelsen i lagmannsretten, ble det 23. mai 2025 besluttet i statsråd at utslippstillatelsen ikke skulle omgjøres. Beslutningen, som ikke var foranlediget av noen omgjøringsbegjæring, introduserte forsyningssikkerhet som en ny begrunnelse for at utslippstillatelsen kunne gis. Samme dag som beslutningen forelå, anførte staten at miljøorganisasjonen måtte gjøre denne nye beslutningen til søksmålgjenstand. Alternativet var, ifølge staten, at ankesaken måtte heves som følge av manglende rettslig interesse. Det ble nedlagt påstand om at miljøorganisasjonene i så fall måtte dekke statens sakskostnader for alle instanser. Selv om miljøorganisasjonene hadde bidratt til viktige rettsavklaringer og fått gjennomslag for sine synspunkter i EFTA-domstolen, skulle det økonomiske utfallet for miljøorganisasjonene bli som om de hadde tapt saken fullstendig. Til tross for det sterke presset miljøorganisasjonene ble utsatt for, valgte de likevel å fastholde den opprinnelige påstanden.

¹⁷ Miljøorganisasjonens prosesskriv til lagmannsretten 7. mars 2024 s. 4 (U2 s. 1536).

¹⁸ Statens prosesskriv til lagmannsretten 8. mars 2024 s. 5 første avsnitt (U2 s. 1543).

¹⁹ Anken punkt 4.3.

²⁰ Anken punkt 4.4.

Lagmannsretten fant at beslutningen av 23. mai 2025 *ikke* kunne anses som en ny tillatelse eller som en form for reparasjon av de opprinnelige vedtakene. Denne beslutningen har derfor liten interesse for saken, men den illustrerer at feilen i utslippstillatelsen ikke kan korrigeres uten at det gjennomføres en ny, fullstendig saksbehandling med allmennhetens medvirkning som faktisk sannsynliggjør at forsyningshensyn gir staten hjemmel til å gi tillatelse. Miljøorganisasjonenes syn er at det ikke er holdepunkter for at en ny tillatelse kan gis på et slikt grunnlag.

2.9 Sammenfatning

En ankesak for Høyesterett kunne ha vært nokså enkel og oversiktlig, men det forutsetter at den begrenses til en kontroll av den begrunnelsen som fremgår av vedtaket.

EFTA-domstolens uttalelse gir god veiledning om forståelsen av kravet til «overriding public interest». Selv om EFTA-domstolen ikke foretar selve subsumsjonen, følger det klart av EFTA-domstolens generelle tolkning at utslippstillatelsen ikke er begrunnet med «tvingende allmenne hensyn». I tillatelsen er det kun vist til de ordinære virkningene av å legge til rette for en lønnsom industrivirksomhet.

Slik anken er utformet, vil en ankesak bli både omfattende og kompleks. Dette skyldes i all hovedsak statens forsøk på å hindre domstolsprøving av den begrunnelsen som ble gitt i tillatelsen, jf. punkt 2.8 ovenfor.

3 ANKEGRUNN 1: DE KONKRETE MILJØULEMPENE

3.1 Statens anførsel

Ankegrunn nr. 1 er beskrevet slik i anken:

Lagmannsretten skriver på side 19 i dommen at partene er enige om at sjødeponiet vil forringe Ytre Førdefjords økologiske tilstand fra god til dårlig. En svakhet med dommen er imidlertid at lagmannsretten konkluderer med at vilkåret ikke er oppfylt, uten at lagmannsretten klargjør hvilke konkrete miljøulempene som inngår i interesseavveiningen. Staten ser derfor behov for å utdype dette.

3.2 Lagmannsrettens vurdering

Det er riktig, som staten fremhever, at lagmannsrettens dom ikke inneholder en nærmere gjennomgang av de konkrete miljøulempene. Lagmannsretten nøyer seg med å fastslå at det er enighet om at det skjer en forringelse.

3.3 Miljøorganisasjonenes syn – ikke nødvendig å klargjøre de konkrete miljøulempene

Miljøorganisasjonene er enige med lagmannsretten i at det er tilstrekkelig å konstatere at den økologiske tilstanden går fra god til dårlig. Så lenge det skjer en forringelse, vil forvaltningen ikke ha materiell kompetanse til å gi utslippstillatelse med mindre det foreligger et allment tvingende hensyn («overriding public interest») etter vannforskriften § 12, jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7. I vår sak har EFTA-domstolen avklart at de hensynene som utslippstillatelsen bygger på, ikke kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn. Lagmannsretten har i samsvar med dette funnet det «klart» at unntaksvilkåret ikke er oppfylt. Forvaltningen hadde ikke materiell kompetanse til å gi tillatelse.

Den konkrete vurderingen av miljøulempene som staten etterlyser, blir bare relevant dersom inngangsvilkåret om et tvingende allment hensyn er oppfylt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for å gi en utslippstillatelse. I tilfeller hvor det foreligger tvingende allmenne hensyn, skal det foretas en avveining. Lagmannsretten beskriver dette slik på side 33:

Som redegjort for over, krever vanndirektivet og vannforskriften at det foretas en avveining av om de relevante allmenne hensynene som kvalifiserer til «overriding public interest», veier tyngre enn målet om å forebygge forringelse av tilstanden til vannforekomster. Den nasjonale domstolen skal kontrollere om de nasjonale myndighetene har «analysert det aktuelle prosjektet samlet sett» og veiet fordelene ved prosjektet opp mot skadevirkningene på tilstanden til vannforekomsten. De nasjonale myndighetene må godtgjøre at de har basert seg på en detaljert, konkret analyse av prosjektet før de har konkludert med at vilkårene for unntak fra forringelsesforbudet er oppfylt, jf. sitatet fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse [avsnitt 33 til 35].

Vanndirektivet og vannforskriften etablerer ikke en selvstendig tillatelsesordning. Formålet med vannforskriften og vanndirektivet er å etablere en materiell begrensning i forvaltningens kompetanse til å gi tillatelser etter nasjonale regler. I Norge betyr dette at dersom unntaksvilkårene i vanndirektivet art. 4(7) er oppfylt, så skal forvaltningen foreta den ordinære avveiningen av om utslippstillatelse skal gis etter forurensingsloven § 11 første ledd, herunder en konkret vurdering av miljøulempene.

3.4 Miljøorganisasjonenes syn – miljøkonsekvensene er enda mer alvorlige enn antatt i vedtakene

3.4.1 Innledning

Dersom staten gis anledning til å utvide bevisførselen om de faktiske miljøkonsekvensene, vil miljøorganisasjonene selvsagt ha behov for å imøtegå dette. Miljøorganisasjonene vil føre bevis for at beskrivelsen i ankens punkt 3 innebærer en bagatellisering av miljøkonsekvensene.

For tingretten anførte miljøorganisasjonene som en selvstendig ugyldighetsgrunn at miljøkonsekvensene ville bli langt mer alvorlige enn det som var beskrevet i tillatelsene. Anken til lagmannsretten ble begrenset til ett spørsmål, nemlig vanndirektivets krav om at det må foreligge en «overriding public interest». Det ble imidlertid tydelig presisert at miljøorganisasjonene fortsatt mener at miljøkonsekvensene av sjødeponiet vil bli mer alvorlige enn det som er beskrevet i vedtakene.

De bevisene miljøorganisasjonene vil vise til, er i hovedsak allerede fremlagt under tingrettsbehandlingen. Mange av dokumentene ble tatt ut av det faktiske utdraget for lagmannsretten. Det antas at de likevel kan påberopes for Høyesterett, uten at det krever samtykke. Flere av vitneforklaringene for tingretten vil også være relevante for å belyse miljøkonsekvensene. Det er gjort lydopptak av samtlige forklaringer og disse opptakene er allerede lastet opp i aktørportalen. Det antas derfor at det kan fremlegges omforente transkripsjoner av disse forklaringene uten at det kreves samtykke.

3.4.2 Situasjonen før deponeringen

Førdefjorden er i dag en artsrik fjord med store naturverdier. Sammenlignet med andre fjorder, er den lite påvirket av industri og annen menneskelig aktivitet. Fire lakseførende vassdrag renner ut i fjorden og de indre delene har status som nasjonalt laksevassdrag.

I 2023 publiserte Havforskningsinstituttet resultatene av undersøkelser i vestlandsfjordene utført i november 2021 og februar 2022.²¹ Disse undersøkelsene bekreftet at artsmangfoldet i Førdefjorden er spesielt stort. Fjorden har flere sårbare og truede arter enn dem som hittil hadde vært kjent, også inne i det planlagte deponiområdet. Artsmangfoldet er fortsatt ikke fullstendig kartlagt.

3.4.3 Konsekvenser i deponiområdet – stor påvirkning på bunnfauna

Det er ikke omtvistet at bunnfaunen i deponiområdet vil forsvinne. I anken heter det:

Bunnfaunaen vil som følge av deponeringen forsvinne i de delene av deponiområdet der deponeringen pågår. Det er dette som er utslagsgivende for at det vannforekomstens (Førdefjorden-ytte) økologiske tilstand iht. klassifikasjonssystemet i vannforskriften går fra god til dårlig.

I departementets vedtak om utslippstillatelse av 5. juni 2015 er det lagt til grunn at påvirkningen på bunnfaunaen i deponiområdet vil være stor. På side 10 i vedtaket står det:

Så lenge deponeringen pågår vil vesentlige deler av bunnfaunaen i deponiområdet begraves og/eller forsvinne. Hele området som er avsatt til deponi vil ikke til enhver tid være påvirket, men påvirkningen på bunnfauna i deponiområdet vil være stor. [...]

På side 19 drøftes forhold til vannforskriften:

Økologisk tilstand

Deponeringen av avgangsmassene fører til at bunnforholdene i Førdefjorden-ytte endres. Det er derfor nødvendig å vurdere om denne endringen fører til en forringelse av vannforekomstens økologiske tilstand. Bunnfauna er det kvalitetselementet som er mest sensitiv for deponering av avgangsmasser. Bunnfaunaen i deponiområdet vil forsvinne så lenge deponeringen pågår. Tiltaket vurderes dermed å medføre at vannforekomstens økologiske tilstand forringes til dårlig tilstand. Det omsøkte tiltaket kan derfor ikke tillates med mindre vilkårene i vannforskriften § 12 annet ledd er oppfylt.

3.4.4 Konsekvenser i deponiområdet – varighet

I anken hevdes det at en rekolonisering vil skjer i løpet av få år:

Etter hvert som deponeringen avsluttes de ulike stedene innenfor deponiområdet, vil rekolonisering skje innenfor dette området, sannsynligvis innen 10 år. Det vil etableres et nytt bunnsamfunn som antas å være annerledes enn det som var der før, men sannsynligvis like rikt.

Klima- og miljødepartementet har også lagt til grunn at bunnfaunaen vil bli endret, og uttaler at dette også kan endre økosystemets funksjon. På side 10 i vedtaket står det:

[...] Når deponeringen er over vil rekoloniseringen starte og det vil etableres et nytt bunnsamfunn som antas å være annerledes enn det som var der tidligere. Endrede dybdeforhold vil være vesentlige for artssammensetningen. [...] Bunnfaunaen er et sammensatt system og kan bruke lang tid på å få tilbake sin funksjon. I tillegg kan en endret bunnfauna endre økosystemets funksjon. Deponiet vil dermed ha en betydelig effekt på bunnfaunaen i deponiområdet. [...]

²¹

Utdraget for tingretten s. 7074.

Havforskningsinstituttet har uttalt at det vil ta svært lang tid før det dannes et nytt naturlig sediment. I høringsuttalelsen til avfallshåndteringsplanen avgitt i august 2022 uttales det at:²²

[...] Etter endt deponering vil deponimassene gradvis koloniseres med opportunistiske arter som tolererer eventuelle forurensinger, og som hovedsakelig vil finne sin næring på sediment-overflaten. Gradvis vil avfallet anrikes med organisk materiale og dekkes med nytt naturlig sediment. Denne prosessen vil ta svært lang tid. For Førdefjorden viser data (Bøe m.fl. 2004) at et 10 cm tykt lag med naturlig sediment vil ta i størrelsesorden 400 år å danne. [...]

Den vitenskapelige artikkelen nevnt i sitatet ovenfor fremlegges som:

Bilag 1: Bøe et al, Artikkel i Norwegian Journal of Geology (2004)

3.4.5 Konsekvenser i deponiområdet – areal

I anken anføres det at:

Sjødeponiet vil direkte berøre sjøbunnen i en begrenset del av vannforekomsten. I tillatelsen og planreguleringen er avsatt område 4,4 av totalt 30 km², altså ca. 14,6 %. [...]

Ved at staten sammenligner deponiområdet med hele vannressursens areal, inviteres retten til en konklusjon om at den ulovlige forurensningen ikke «er så farlig» fordi det planlagte deponeringsarealet fremstår som lite. Statens resonnement kunne ha fortsatt ved å sammenligne med arealet til alle vestlandsfjorder eller alle norske fjorder. Dette er en «nålestikkargumentasjon» som er vel kjent i miljøraker. Synspunktet som fremmes er at den aktuelle miljødeleggelsen er begrenset og bør aksepteres fordi det finnes mye areal som ikke blir ødelagt.

Et forholdstall som er mer relevant, er at deponiet når det avsluttes vil dekke ca. 40% av sjøbunnarealet dypere enn 300 meter i Førdefjorden-Ytre. Endrede dybdeforhold vil få betydning for artssammensetningen.

I Miljødirektoratets brev av 13. februar 2015 opplyses det at:²³

I følge NIVA/DnV (Bakke & Jensen 2009) forventes det at 95-98 % av arealet som deponiområdet dekker vil miste sedimentfaunaen. Det totale deponiarealet vil utgjøre ca. 40 % av sjøbunnarealet dypere enn 300 meter i vannforekomsten Førdefjorden ytre [...]

I anken anføres det videre at:

[...] I avfallshåndteringsplanen fra 2023 har tiltakshaver, som er underlagt vilkår om å redusere forurensningen og optimalisere deponiløsningen så langt som mulig uten urimelig kostnad, anslått at de trenger 3,6-5,8 % av sjøbunnen i vannforekomsten til deponering de neste 39 årene.

Statens utregning er basert på følgende opplysning i avfallshåndteringsplanen:²⁴

Eit areal på totalt 4,4 km² er i reguleringsplanen avsett for sjødeponi. Av dette forventast ein eller fleire deponikjeger å dekke 25-40% av arealet avhengig av høgd og antall kjeger. Beregnet volum i Figur 58 er om lag 50 millionar tonn basert på 39 års drift. Det regulererte arealet har plass til ytterlegare kjeger/massar ved utvida drift og uttak av utleia ressursar. [...]

²² Utdraget for tingretten s. 2487.

²³ U1 s. 1538.

²⁴ U2 s. 615.

Statens beregning er basert på at sjødeponiet dekker ca. 15% av Førdefjorden-Ytre og at det bare er 25-40% av dette arealet som vil bli benyttet.

Statens anførsel er misvisende fordi utslippstillatelsen dimensjonert for et mye større prosjekt er det som er beskrevet i den gjeldende avfallshåndteringsplanen.

Bakgrunnen for at det ble gitt tillatelse til deponering av 170 millioner tonn fremgår på side 3-4 i Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023:²⁵

Den totale mengden avgangsmasser som kan deponeres i sjødeponiet endres fra 250 millioner til 170 millioner tonn. Endringen baserer seg på tallgrunnlaget gitt i avfallshåndteringsplanen og tilleggsinformasjon til denne, som beskrives nærmere under punkt 4 nedenfor. Dette innebærer at det fortsatt er den samlede mengden utvinnbar malm i forekomsten som danner grunnlag for mengden tillatt avgangsmasse i sjødeponiet, men at det brukes oppdatert tallgrunnlag. Slik saken er opplyst, sist i avfallshåndteringsplanen datert 26. mars 2023 og tilleggsinformasjon mottatt 24. april 2023, er det fortsatt vår vurdering at det kan være grunnlag for uttak av hele forekomstens utvinnbare potensial i løpet av gruvenes levetid. Dette selv om det i UDFS-en (Updated definitive feasibility study) - som danner grunnlag for finansieringen av prosjektet - fremgår utvinning av 57 millioner tonn malm, med tilhørende avgangsmasser på ca. 50 millioner tonn. Å basere tillatt mengde som kan deponeres i sjødeponiet på den samlede mengden utvinnbar malm gir forutsigbarhet for driften av anlegget, som også er dimensjonert for å kunne prosessere større mengder malm enn det som fremkommer i UDFS-en. Samtidig vil vi understreke bedriftens plikt til å redusere behovet for deponering så langt det er mulig, uten urimelige kostnader.

Som det fremgår, er utslippstillatelsen basert på «uttak av hele forekomstens utvinnbare potensial i løpet av gruvenes levetid». Det betyr at dagens avfallshåndteringsplan bare omfatter en brøkdel av det totale mengden gruveavfall.

Statens anførsel er også misvisende fordi det gis inntrykk av at differansen mellom mengden i tillatelsen og mengden beskrevet i avfallsplanen skyldes «vilkår om å redusere forurensningen og optimalisere deponiløsningen så langt som mulig uten urimelig kostnad». Hovedforklaringen er at utslippstillatelsen er tilpasset et prosjekt som skal kunne omfatte den samlede mengden utvinnbar malm. Dermed blir den totale avfallsmengden langt større enn det som er beskrevet i avfallshåndteringsplanen.

3.4.6 Konsekvenser utenfor deponiområdet

Staten anfører i anken at:

Områder (sjøbunn/vannmasser) utenfor deponiområdet vil ikke bli påvirket av betydning. [...]

Miljøorganisasjonene er sterkt uenige i dette. Dersom de faktiske miljøkonsekvensene skal belyses, vil miljøorganisasjonene føre bevis for at det mest sannsynlig vil skje betydelig partikkelspredning utenfor deponiområdet. Bevisførselen vil i hovedsak bygge på de sakkyndige forklaringene fra professor Harsha C. Ratnaweera (NMBU) og forsker Lars Asplin (Havforskningsinstituttet).

²⁵ U2 s. 936.

I en temaartikkel om gruveavfall sist oppdatert i november 2024 uttaler Havforskningsinstituttet at:

[...] Sjølv nokre få millimeter med gruveslam kan endre samansetninga og mengda av smådyr i sedimentet [...].

Bilag 2: Havforskningsinstituttet, Temaartikkel om gruveavfall

Til støtte for denne påstanden viser Havforskningsinstituttet til en vitenskapelig artikkel publisert i 2017 om deponering av gruveavfall og virkninger på bunnfaunaen. I sammendraget påpekes det at:

[...] This study clearly shows that even small levels (0.1 cm) of instantaneous burial by mine tailings may significantly reduce benthic ecosystem functioning on the short term. [...] Our findings should alert decision makers when considering approval of new deep-sea tailings placement sites as this technique will have major negative impacts on benthic ecosystem functioning over large areas.

Artikkelen fremlegges som:

Bilag 3: Mevenkamp et al., artikkel i Frontiers in Marine Science (May 2017)

Staten anfører at:

[...] Det er satt vilkår for å sikre at det ikke skjer spredning av avgangsmasser (partikkel-spredning) utover det regulerte deponiområdet og det er stilt krav om overvåkning av relevante kvalitetselementer, med rapporteringsplikt til Miljødirektoratet.

Det er imidlertid lite realistisk at disse vilkårene vil bli håndhevet dersom anlegget har blitt satt i full drift. I Fiskeridepartementets brev av 10. april 2012 uttales det:²⁶

[...] når den planlagte bergverksdriften med sjødeponering av avgangsmasser eventuelt er kommet i gang, så viser all erfaring at det vil være meget vanskelig å stoppe en sjødeponering dersom miljøovervåkingsprogrammet skulle gi resultater som tilsier stopp i sjødeponering. For bedriften antar vi også at et slikt opplegg gir svært liten forutsigbarhet.

Det er ERG, ikke Havforskningsinstituttet, som skal sørge for at miljøovervåkingsprogrammet blir gjennomført.

3.4.7 Sannsynligheten for alvorlig eller irreversibel skade på marine arter

Staten anfører i anken:

Sannsynligheten for alvorlig eller irreversibel skade på marine arter i Førdefjorden er vurdert som liten. [...]

Dersom de faktiske miljøkonsekvensene skal klargjøres, vil miljøorganisasjonene føre bevis for at det mest sannsynlig vil skje alvorlig eller irreversibel skade på marine arter. Bevisførselen vil i hovedsak bygge på den sakkyndige forklaringen til forsker Terje van der Meeren (Havforskningsinstituttet).

²⁶

Utdraget for tingretten s. 1222.

Miljøorganisasjonene vil også vise til Miljødirektoratets vurderinger i brev til Klima- og miljødepartementet av 4. november 2014.²⁷

Undersøkelsene som er foretatt viser at det er registrert at rødlisteartene blålange og piggå sannsynligvis har gyte- og oppvekstområde i det planlagte deponiet. Deponiet vil fjerne det antatte gyteområdet for blålange, som er det hittil eneste kjente gyteområdet i kystsonen. Det er usikkerhet om hvilke effekter fjerning av Førdefjorden som gyte og oppvekstområde vil ha for bestandsutviklingen for disse artene på nasjonalt nivå. Vår vurdering er at et deponi vil kunne få reell betydning for bestandsutviklingen for disse rødlisteartene. Det er generell kunnskapsmangel om arter og naturtyper i marine områder og derfor vanskelig å gi eksakte vurderinger om effekten av menneskelig påvirkning.

For ål, som er kritisk truet, og for kysttorsk, mangler vi kunnskap om hvordan deponiet vil påvirke vandringsmønsteret. Dersom de blir påvirket er det sannsynlig at det vil ha effekt på bestanden. Fjorddeponi innebærer også at fjordøkosystemet vil kunne forringes.

Vår vurdering er at etablering av sjødeponi i Førdefjorden vil kunne føre til at forvaltningsmålene i naturmangfoldloven § 5 for disse fire artene ikke nås. På grunn av usikkerheten knyttet til effektene for rødlistede arter mener vi føre var prinsippet i naturmangfoldloven § 9 bør tillegges vekt. [...]

3.4.8 Sammenfatning

I det samme brevet uttaler Miljødirektoratet.²⁸

Det har vært regnet lite på hvor store sjøbunnsområder som må forsvinne for at økosystemet skal påvirkes vesentlig, men vårt anslag er at hvis man mister over 10-20 % av de normale bunnsedimentene, vil økosystemets funksjon, struktur og produksjon forringes i vesentlig grad. Basert på tidligere anslag om at et eventuelt deponi i Førdefjorden vil dekke omtrent 40 % av de dypere områdene i Førdefjorden mener vi Engebø-prosjektet innebærer en risiko for at økosystemets funksjon, struktur og produksjon forringes. Konsekvensene av dette er vanskelige å estimere og forutse, de vil imidlertid være på regionalt nivå da store deler av fjorden blir berørt, og de er viktige å ta med inn i de samlede vurderingene.

Denne uttalelsen viser at miljøkonsekvensene av sjødeponiet er svært alvorlige, også utenfor selve deponiområdet. Statens fremste fagmiljø, Havforskningsinstituttet, har i en rekke høringsuttalelser understreket at deponeringen vil få alvorlige miljøkonsekvenser. I høringsuttalelsen til driftskonsesjonen avgitt i oktober 2019 uttales det at:²⁹

[...] Deponeringen av gruveavgang i Førdefjorden slik den foreslås vil føre til svært langvarig og betydelig økosystemforringelse og representerer etter vår vurdering ikke en bærekraftig bruk av fjorden. [...]

²⁷ U1 s. 1446.

²⁸ U1 s. 1456.

²⁹ Utdraget for tingretten s. 2000.

4 ANKEGRUNN 2: TERSKELEN FOR Å TILLATE FORRINGELSE

4.1 Statens anførsel

Etter at uttalelsen fra EFTA-domstolen forelå, varslet staten en ny prinsipal anførsel. Staten var ikke lenger enig med miljøorganisasjonene i at vannforskriften § 12 annet ledd bokstav b skulle tolkes i samsvar med kravet til «overriding public interest» i vanndirektivet.

I ankens punkt 4.1 annet avsnitt opprettholdes denne anførselen:

Lagmannsretten gjennomgår på side 20-21 statens anførsel vedrørende betydningen av at det på tidspunktet tillatelsen ble gitt i 2015, ennå ikke forelå en godkjent vannforvaltningsplan. Statens utgangspunkt er, med støtte i både C-43/10 Nomarchiaki avsnitt 56 og C-346/14 Schwarze Sulm avsnitt 49, at dette betyr at vanndirektivet art. 4 nr. 7 bokstav c ikke kommer direkte til anvendelse. Samtidig har EU-domstolen slått fast at det i denne mellomfasen gjelder en forpliktelse til å «refrain from taking any measures liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by Article 4 of that directive». Det er altså denne plikten, ikke artikkel 4 anvendt direkte, som utgjorde Norges EØS-forpliktelse på tidspunktet tillatelse til forringelsen ble gitt, og som ordlyden i vannforskriften § 12 («samfunnsnyttene (...) skal være større enn tapet av miljøkvalitet») skal tolkes i lys av iht. presumsjonsprinsippet. Statens syn er at dette må bety at staten i denne fasen hadde et noe større handlingsrom etter EØS-retten enn om art. 4 nr. 7 ble anvendt direkte, men at det er vanskelig å konkretisere dette noe nærmere. Dersom Høyesterett er i tvil om utfallet, kan imidlertid dette være et moment som tilsier at vedtakene er gyldige.

4.2 Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten behandler anførselen i dommen punkt 6.2. Drøftelsen oppsummeres slik:

Lagmannsretten er enig i at det i høyden vil være i slike situasjoner – altså i tvilstilfeller – at det er nødvendig å ta stilling til hvor stort det økte handlingsrommet er. Etter lagmannsrettens syn taler de gjengitte uttalelsene fra EU-domstolen i sak C-346/16 (Schwarze Sulm), sammenholdt med C-43/10 (Nomarchiaki), for at terskelen for å gjøre unntak fra forringelsesforbudet uansett ligger tett opp mot direktivbestemmelsen.

Som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor i punkt 8.6, er det i foreliggende sak ikke tale om et tvilstilfelle, og problemstillingen settes dermed ikke på spissen.

Ved drøftelsen i det følgende tas det utgangspunkt i at vannforskriften skal tolkes i samsvar med vanndirektivet.

Lagmannsrettens konklusjon er altså at det «i høyden» er tale om en marginal forskjell i handlingsrommet. Ettersom vår sak ikke er et tvilstilfelle, er det ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til anførselen. Problemstillingen kommer «ikke på spissen».

4.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

4.3.1 Vanndirektivet art. 4 kommer direkte til anvendelse

Ankegrunn nr. 2 er nok et eksempel på at staten har endret sine anførsler etter hvert som det ble klart at den opprinnelige argumentasjonen ikke var holdbar. Anførselen ble presentert kort tid før ankeforhandlingen og miljøorganisasjonene fikk derfor lite tid til å forberede sin imøtegåelse.

Under arbeidet med anketilsvaret til Høyesterett har miljøorganisasjonene kontrollert de faktiske premissene for statens anførsel. Denne gjennomgang viser at statens anførsel synes å bygge på en misforståelse.

Utgangspunktet for statens resonnement er at det ikke forelå en godkjent vannforvaltningsplan da tillatelsen ble gitt. Ifølge staten innebærer dette at vanndirektivet art. 4 nr. 7 bokstav c ikke kommer direkte til anvendelse.

I statens prosesskriv til lagmannsretten av 30. april 2025 er dette forklart slik:

«Staten vil understreke at Norge hele tiden ment at gjennomføringen i norsk rett i vannforskriften § 12 oppfyller vanndirektivets krav. På vedtakstidspunktet var Norge imidlertid ennå ikke forpliktet etter direktivet til å ha godkjente forvaltningsplaner. Dermed gjaldt ikke plikten til å forebygge forringelse etter direktivet artikkel 4 nr.1 bokstav a, og følgelig var det ikke noe krav om at tillatelsen måtte oppfylle unntaksvilkårene i artikkel 4 nr. 7. [...]

Det staten overser, er at vanndirektivet skiller mellom tiltaksprogram («programmes of measures»)³⁰ og vannforvaltningsplan («river basin management plan»)³¹. Begge deler skal være på plass senest ni år etter at direktivet har trådt i kraft.³²

Staten hevder at plikten til å forebygge forringelse etter direktivet artikkel 4 nr. 1 bokstav a ikke gjaldt fordi det ikke forelå en godkjent vannforvaltningsplan. Slik direktivbestemmelsen er utformet, er det imidlertid eksistensen av et tiltaksprogram («programmes of measures») som er det sentrale. Første punktum i artikkel 4 nr. 1 lyder slik:

In making operational the programmes of measures specified in the river basin management plans: [...]

Vannforvaltningsplaner er ikke *hovedvirkemiddelet* for å oppnå miljøforpliktelsene fastsatt i vanndirektivet. Det er tiltaksprogrammene som beskriver hvilke tiltak som kreves etter direktivets artikkel 11, og disse skal deretter oppsummeres i den aktuelle vannforvaltningsplanen.

Vannforvaltningsplanen ble endelig godkjent av Klima- og miljødepartementet 4. juli 2016. Etter en grundigere gjennomgang av saksdokumentene er det imidlertid avklart at tiltaksprogrammet ble endelig godkjent av fylkestinget i Sogn og Fjordane allerede 10. desember 2015.

Som bevis fremlegges:

Bilag 4: KLDs godkjenning av vannforvaltningsplan for Sogn- og Fjordane 4. juli 2016

³⁰ Vanndirektivet art. 11 (JUR s. 2022).

³¹ Vanndirektivet art. 13 (JUR s. 2024).

³² Vanndirektivet art. 11 nr. 9 og art. 13 nr. 6.

Det fremgår på side 1, annet avsnitt:

Planen er ein regional plan utarbeidd etter plan- og bygningslova og vassforskrifta, og vart vedteken i fylkestinga i Sogn og Fjordane og Buskerud 10. desember 2015, i Hordaland 8.-9. desember 2015, og i Oppland og Møre og Romsdal 8. desember 2015. Planen vart send over til departementet for godkjenning 21. desember 2015.

Videre fremgår det på side 2, sjette avsnitt:

Vassforvaltingsplanen er endeleg når sentral godkjenning frå departementet ligg føre. Den framlagte planen vedteken av fylkestinget, og departementet sitt vedtak om godkjenning utgjer til saman endeleg godkjend plan. Den nasjonale godkjenninga har medført endringar i den regionale planen. Tiltaksprogram, handlingsprogram og overvåkingsprogram er ikkje gjenstand for godkjenning, og det er difor ikkje teke stilling til innhaldet i disse dokumenta i departementet si godkjenning.

Dette innebærer at det forelå et endelig godkjent tiltaksprogram for Sogn og Fjordane vannregion 10. desember 2015. På dette tidspunktet forelå det også en vedtatt vannforvaltningsplan, men denne ble endelig godkjent av departementet 4. juli 2016. De to dokumentene fremlegges som:

Bilag 5: Tiltaksprogram for vannregion Sogn og Fjordane 2016 til 2021

Bilag 6: Vannforvaltningsplan for vannregion Sogn og Fjordane 2016 til 2021

Tidslinjen kan da sammenfattes slik:

01.05.2009	Vanndirektivet trådte i kraft
05.06.2015	Klima- og miljødepartementets førsteinstansvedtak
10.12.2015	Godkjent tiltaksprogram
19.02.2016	Klagevedtak fattet av kongen i statsråd (Kgl. res.)
04.07.2016	Godkjent vannforvaltningsplan
01.05.2018	Direktivets frist for tiltaksprogram og vannforvaltningsplan

I klagevedtaket blir det presisert at «Kongen har kompetanse til å prøve alle sider av saken». Da dette vedtaket ble fattet, forelå det et godkjent tiltaksprogram. Dermed kom direktivet artikkel 4 nr.1 bokstav a direkte til anvendelse og var bestemmende for Norges folkerettslige forpliktelser, herunder plikten til å forebygge forringelse. Miljøorganisasjonene vil altså, som en ny anførsel for Høyesterett, gjøre gjeldende at ankegrunn nr. 2 må forkastes allerede på dette grunnlaget.

4.3.2 Forringelsesforbudet i vanndirektivet gjelder uansett

Miljøorganisasjonene vil anføre at forringelsesforbudet i vanndirektivet gjaldt fra direktivet trådte i kraft 1. mai 2009. Forbudet gjaldt uansett om det forelå et tiltaksprogram eller vannforvaltningsplan.

Vanndirektivet skal sikre at vannressursene har god økologisk tilstand. Dette har to sider:

- Statene må arbeide aktivt for å forbedre vannressurser som ikke oppfyller miljøkravene. Det skal skje ved at det utarbeides tiltaksprogrammer med frister for gjennomføring av ulike forbedringstiltak (aktivitetsplikten).
- Statene forbys å tillate tiltak som innebærer en forringelse av vannressurser (forringelsesforbudet).

Tiltaksprogrammene og vannforvaltningsplanene er helt sentrale for å fastlegge omfanget av aktivitetsplikten. Forringelsesforbudet er derimot operativt selv om disse dokumentene ikke foreligger. Det er tilstrekkelig at det er foretatt en kartlegging av miljøtilstanden.

Dersom det ikke foreligger et tiltaksprogram, slik at vanndirektivet artikkel 4 ikke kommer direkte til anvendelse, oppstår følgende spørsmål: Står statene helt fritt til å forringe vannressurser, gjelder det et absolutt forbud mot forringelse, eller kan det gjøres unntak fra forringelsesforbudet på visse vilkår, f.eks. ved å anvende unntakene i artikkel 4 nr. 7 analogisk?

EU-domstolen har behandlet to saker hvor denne problemstillingen drøftes, C-43/10 (Nomarchiaki) og C-346/16 (Schwarze Sulm).

I den første saken, C-43/10 (Nomarchiaki), innga Norge skriftlige innlegg til EU-domstolen. Her ble det anført at nye tiltak som innebærer forringelse, må oppfylle vilkårene i artikkel 4 nr. 7, uavhengig av om tiltaket gjennomføres før eller etter tidsfristen for vedtagelse av vannforvaltningsplan:

11. Hence, in the view of the Government, a modification may occur either before or after the plan has been published. Provided the criteria set out in Article 4(7) are fulfilled, such a modification will not be in breach of the Directive. This implies, inter alia, that hydropower permits may be issued even if there does not yet exist any plan, or even if such a plan has not foreseen the project in question, provided that Article 4(7) is duly implemented and applied.

I Norges skriftlige uttalelse, som ble avgitt i 2010, forutsettes det at artikkel 4 nr. 7 er korrekt gjennomført i intern rett («duly implemented») og at dette unntaket anvendes korrekt («duly ... applied»). Under disse forutsetningene mente Norge at det kunne gjøres unntak fra forringelsesforbudet, selv om det ikke forelå en vannforvaltningsplan.

Klima- og miljødepartementet publiserte i 2015 en veileder til vannforskriften. Her uttaler departementet:³³

Det følger av EU-domstolens avgjørelse i prejudisiell sak C-43/10 (avsnitt 65) at artikkel 4.7 kan anvendes ved analogi i tilfeller hvor det ikke er vedtatt vannforvaltningsplan, dvs. at § 12 kan brukes på tilsvarende måte som om vannforvaltningsplan var vedtatt.

³³ På side 2, note 4 (JUR s. 1542).

Departementets opprinnelige forståelse av sak C-43/10 (Nomarchiaki) var altså at forringelse i utgangspunktet er forbudt, men at unntaket i vanndirektivet art. 4 nr. 7 kan anvendes analogisk. Sitatet viser også at departementet anser vilkårene i vannforskriften § 12 for å være identiske med vilkårene som vanndirektivet artikkel 4(7).

Miljøorganisasjonens vil anføre at departementets opprinnelige forståelse var helt korrekt. Dette styrkes av EU-domstolens sak C-346/16 (Schwarze Sulm). Her uttaler EU-domstolen i avsnitt 64:

It must be remembered that unless a derogation is granted, any deterioration of the status of a body of surface water must be prevented. The obligation to prevent such deterioration thus remains binding at each stage of implementation of Directive 2000/60 and is applicable to every surface water body type and status for which a management plan has been adopted. The Member State concerned is consequently required to refuse authorisation for a project where it is such as to result in deterioration of the status of the body of water concerned or to jeopardise the attainment of good surface water status, unless the view is taken that the project is covered by a derogation under Article 4(7) of the directive (see, to that effect, judgment of 1 July 2015 in Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 50).

Sammenfatningsvis anfører miljøorganisasjonene at forringelse forutsetter unntaksvilkårene i artikkel 4 nr. 7 er oppfylt. Det er ikke nødvendig å ta stilling til om dette skal anses som en direkte eller analogisk anvendelse av unntaksvilkårene.

4.3.3 Reguleringen i vannforskriften innebærer uansett at vilkårene i art. 4 nr. 7 må være oppfylt

Miljøorganisasjonene vil dessuten anføre at vanndirektivet er gjennomført i norsk rett på en slik måte at vilkårene i art. 4 nr. 7 må være oppfylt.

Vannforskriften er strukturert på en annen måte enn direktivet. Vannforskriften § 12 henviser til miljømålene i §§ 4-7. Forbudet mot forringelse av en overflatevannforekomst er plassert i § 4 og er ikke knyttet til eksistensen av tiltaksprogrammer eller vannforvaltningsplaner. Forskriften inneholder bare ett unntak fra forringelsesforbudet basert på samfunnsmessige hensyn, nemlig § 12 annet ledd bokstav b.

Formålet med vannforskriften var å gjennomføre vanndirektivet. Det må derfor ha vært meningen at unntaket i § 12 annet ledd bokstav b skulle ha samme innhold som i direktivet art. 4 nr. 7. Regjeringen opplyste tydelige om dette da det ble bedt om Stortingets samtykke til å innlemme vanndirektivet i EØS-avtalen. I St.prp. nr. 75 (2007-2008) står det på side 1:

Direktivet er allerede gjennomført i norsk rett ved forskrift om rammer for vannforvaltning av 15. desember 2006 (vannforskriften) som trådte i kraft 1. januar 2007.

I tråd med dette uttalte Energi- og miljøkomiteen i Innst. S. nr. 131 (2008–2009):

Komiteen viser til at direktivet allerede er gjennomført i norsk rett ved forskrift om rammer for vannforvaltning av 15. desember 2006, som trådte i kraft 1. januar 2007.

Norske myndigheter har også bekreftet overfor ESA at vanndirektivet er gjennomført i norsk rett. I Miljøverndepartementets brev til ESA av 23. april 2009 er det opplyst at Norge har sørget for «full implementation of the act, with entry into force on 1 January 2007.

4.3.4 Spørsmålet kommer uansett ikke på spissen

Som lagmannsretten gjentatte ganger påpeker, er vår sak ikke et tvilstilfelle. Lagmannsrettens konklusjon er derfor riktig: Spørsmålet om staten hadde et «noe større handlingsrom» kommer ikke på spissen.

4.3.5 Ankegrunn nr. 2 er uansett ikke relevant for driftskonsesjonen

Ankegrunn nr. 2 kan uansett ikke få betydning for vurderingen av Nærings- og Fiskeridepartementets vedtak om driftskonsesjon av 6. mai 2022. På dette tidspunktet forelå det både tiltaksprogram og vannforvaltningsplan. Direktivets frist for tiltaksprogram og vannforvaltningsplan var også utløpt. I 2022 er det derfor åpenbart ikke grunnlag for å hevde at staten hadde et «noe større handlingsrom».

5 ANKEGRUNN 3: ØKONOMISKE HENSYN

5.1 Statens anførsel

I ankens punkt 4.1 siste avsnitt anfører staten:

Statens syn er videre at de økonomiske hensynene som støtter opp om prosjektet, er relevante hensyn i avveiningen, men ikke i seg selv avgjørende. Dette er i tråd med EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 41 der det fremgår at det økonomiske målet må være av vesentlig betydning enten på grunn av «sammenhengen de inngår i» eller på grunn av «en annen medvirkende faktor som gjør at oppnåelsen av dem er tilstrekkelig viktig til å kvalifiseres som tvingende».

5.2 Lagmannsrettens dom og EFTA-domstolens tolkningsuttalelse

Statens anførsel knytter seg til lagmannsrettens dom punkt 8.3 fjerde avsnitt:

Staten har i vedtakene lagt stor vekt på de betydelige inntektene virksomheten må antas å gi over lang tid for investorer, ansatte, kommune, fylkeskommune og staten. Etter lagmannsrettens syn er det klart at slike rene økonomiske interesser, som er ordinære resultater av økonomisk aktivitet, alene ikke er en «overriding public interest».

I lys av utslippstillatelsens begrunnelse var dette spørsmålet om økonomiske hensyn det helt sentrale tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. EFTA-domstolen besvarte spørsmål nr. 2 slik:

Inntekt som genereres som følge av en økonomisk aktivitet, herunder for ansatte, aksjonærer eller den aktuelle EØS-staten gjennom skatter, kan ikke anses å utgjøre et tvingende allment hensyn etter direktiv 2000/60 artikkel 4 nr. 7.

Det samme ble lagt til grunn av EU-kommisjonen i svar på spørsmål 2:³⁴

Income generated as a result of an economic activity, including for employees, shareholders or the State through taxes, cannot be considered to have an overriding public interest within the meaning of Article 4(7) of Directive 2000/60/EC;

Under henvisning til foreliggende sak har for øvrig EFTA-domstolen i en etterfølgende tolkningsuttalelse (E 18/24, avsnitt 118) gjentatt at «... rent økonomiske hensyn ikke kan anses som tvingende allmenne hensyn».

³⁴

U2 s. 1854.

5.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

Etter miljøorganisasjonenes syn er det noe tilslørende for sakens faktum at staten i anken viser til at «de økonomiske hensynene som støtter opp om prosjektet» er relevante. I den kongelige resolusjonen av 19. februar 2016 var den sentrale begrunnelsen for å gi utslippstillatelsen:

Departementet vurderer at de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet. Inntektene fordeles mellom lønnstakere og aksjonærer, og som skatteinntekter til kommuner og staten [...]

Det følger direkte av vedtakets begrunnelse at inntektene til lønnstakere, aksjonærer og det offentlige var «den dominerende nytteeffekten» ved å gi utslippstillatelsen.

Det er etter miljøorganisasjonenes syn på det rene at inntekter til lønnstakere og aksjonærer ikke er relevante. I sine premisser uttaler EFTA-domstolen eksplisitt at økonomiske hensyn av ren privat art «per definisjon» ikke kan kvalifisere som et tvingende allment hensyn (avsnitt 41).

I avsnitt 40 uttaler EFTA-domstolen, etter å ha vist til EØS-statens skjønnsmargin videre at

Rent økonomiske hensyn, som å fremme nasjonaløkonomien eller nasjonaløkonomiens funksjon, kan imidlertid ikke tjene som begrunnelse etter direktiv 2000/60 artikkel 4 nr. 7 (jf. dom 13. juli 2023 i Xella Magyarország, C-106/22, EU:C:2023:568, avsnitt 64 og rettspraksis som det vises til der). En slik tolkning ville undergrave formålet med direktivet som helhet.

Etter miljøorganisasjonenes syn kan det bare konstateres at hensynet til de private inntekter som det vises til i utslippstillatelsen ikke oppfyller vilkåret i vannforskriften § 12. Miljøorganisasjonene gjør videre gjeldende at heller ikke hensynet til offentlige inntekter som den store hovedregel kan kvalifisere. Som EFTA-domstolen påpeker i avsnitt 41 kan det tenkes unntakstilfeller der «oppnåelsen av dem er tilstrekkelig viktig», det vil si at det foreligger et konkret kvalifiserende element. Miljøorganisasjonene utelukker for eksempel ikke at det kan være situasjonen dersom statsfinansene står på spill. Denne saken representerer imidlertid ingen form for unntakssituasjon der hensynet til offentlige inntekter kan oppfylle vilkåret i vannforskriften § 12, og den er heller ikke et grensetilfelle. Miljøorganisasjonene forstår lagmannsrettens dom slik at det også er derfor lagmannsretten finner det «klart» at de økonomiske hensynene det er vist til i denne saken ikke kvalifiserer.

I anken gjør staten gjeldende at inntektshensynet er «relevante hensyn i avveiningen, men ikke i seg selv avgjørende». I tillegg til miljøorganisasjonenes anførsler ovenfor, anføres det også at en slik kumulasjon av hver for seg ikke-kvalifiserende hensyn som staten synes å beskrive, ikke vil være i overensstemmelse med en riktig tolkning av vannforskriften § 12. Dette utdypes i neste punkt.

6 ANKEGRUNN 4: SAMLET INTERESSEAVVEINING

6.1 Statens anførsel

I anken punkt 4.2 anfører staten:

Vanndirektivet art 4. nr. 7 bokstav c må etter statens syn forstås slik at det skal skje én samlet interesseavveining. Det kreves en viss kvalifisering av hvilke hensyn som er relevante å legge vekt på i denne vurderingen, men staten mener at det i langt større grad enn det lagmannsrettens dom legger opp til, er et spørsmål om hvilken vekt de ulike hensynene skal tillegges i interesseavveiningen.

Etter miljøorganisasjonenes syn er det en viss dreining i statens tolkning etter lagmannsrettens dom. I sluttinnlegget til lagmannsretten skrev staten (U2 s. 2247):

Problemstillingen for lagmannsretten er om den samlede samfunnsnytten av Engebøprosjektet veier tyngre enn det avgrensede tapet av miljøkvalitet. Etter statens syn er det ikke tvilsomt at svaret på dette er ja.

Mens staten tidligere har gjort gjeldende at det dreier seg om en ordinær avveining av samfunnsnytte mot tapt miljøkvalitet, har staten for Høyesterett lagt til grunn at det kreves «en viss kvalifisering» av de hensyn som kan utgjøre tvingende allmenne hensyn. Staten har ikke gjort nærmere rede for hvilken terskel «en viss kvalifisering» er ment å uttrykke. Rent språklig synes det likevel klart at det må dreie seg om en annen og lavere terskel enn hensyn som «...kan kvalifiseres som tvingende», som er EFTA-domstolens formulering av terskelen (avsnitt 36).

6.2 Lagmannsrettens vurdering

I punkt 8.5 tredje avsnitt uttaler lagmannsretten:

Lagmannsretten bemerker at det ikke antas å være adgang til å kumulere hensynet til økonomiske og sosiale forhold med for eksempel hensynet til forsyningssikkerhet, slik staten har gjort gjeldende (se punkt 7 ovenfor). Vurderingstemaet er om «det identifiserte allmenne hensynet» veier tyngre enn målet om å forebygge forringelse, jf. avsnitt 35, som gjengis nedenfor. Der det i den rådgivende uttalelsen er tale om for eksempel økonomiske interesser «i fravær av andre medvirkende faktorer» (avsnitt 42 mv.) mener lagmannsretten dette må forstås slik at det sikter til andre medvirkende faktorer knyttet til det aktuelle hensynet som påberopes – det vil i dette tilfellet si andre faktorer knyttet hensynet til økonomiske og sosiale interesser. Lagmannsretten er enig med de ankende parter i at det ikke er rettslig grunnlag for å kumulere flere helt ulike hensyn som taler for unntak for på den måten å komme til at terskelen for «overriding public interest» er oppfylt.

I punkt 8.5 siste avsnitt avslutter lagmannsretten videre slik:

Endelig bemerker lagmannsretten at for det tilfelle at det hadde vært adgang til å kumulere de økonomiske og sosiale hensynene staten har påberopt og hensynet til forsyningssikkerhet – slik lagmannsretten ovenfor har kommet til at det ikke er adgang til ville dette ikke ha påvirket lagmannsrettens vurdering av manglene ved verken den samlede avveiningen eller ved behandlingen av hensynet til forsyningssikkerhet.

6.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

Miljøorganisasjonene anfører at lagmannsrettens tolkning av vannforskriften § 12 og vanndirektivet art. 4 nr. 7 er korrekt, og viser til lagmannsrettens begrunnelse.

De «medvirkende faktorer» som EFTA-domstolen viser til (i blant annet avsnitt 42) er, som lagmannsretten påpeker, *kvalifikasjonskravet* til det allmenne hensynet. Det er ikke uttrykk for en regel om at en rekke mindre viktige samfunnshensyn kan kumuleres og til sammen utgjøre et tvingende allment hensyn. Dette fremgår etter miljøorganisasjonenes syn klart ved å lese EFTA-domstolens tolkningsuttalelse avsnitt 37, 41, 42 og 45 i sammenheng.

Som påpekt i punkt 2.5 ovenfor har kravet om at samfunnsnyttens må være «overriding» ikke kommet inn ordlyden i vannforskriften § 12, og dette er rotårsaken til at tillatelsene bygger på en uriktig rettsanvendelse. Tillatelsene bygger på en rettsoppfatning om at ordinær samfunnsnytte kan være tilstrekkelig til å gjøre unntak fra forringelsesforbudet. Selv om staten nå for Høyesterett har akseptert at det må «kreves en viss kvalifisering av hvilke hensyn som er relevante», synes resultatet av statens tolkning fremdeles å være en ren kost-nytte vurdering. Med en slik tolkning vil kravet til tvingende allmenne hensyn bli bortimot uten selvstendig betydning, og ikke egnet til å oppnå vannforskriftens og vanndirektivets grunnleggende formål.

7 ANKEGRUNN 5: FORSYNINGSHENSYN

7.1 De hensyn som begrunner tillatelsen skal være utredet og detaljert beskrevet før tillatelsen gis

Som forklart i punkt 2.6 ovenfor, er tillatelsene *ikke* begrunnet med hensynet til å sikre tilgang til rutil i Norge og EU. Dette er en begrunnelse som ble introdusert i tilsvaret til tingretten og som gradvis har blitt skjøvet i forgrunnen, jf. punkt 2.8.2 ovenfor. Det er også erkjent i anken at dette hensynet *ikke* ble «eksplisitt» omtalt.³⁵

Lagmannsretten tar et riktig utgangspunkt når den påpeker at vanndirektivet og EU-domstolen oppstiller «særlige krav til forvaltningens vurderinger og saksbehandling». Det følger av vanndirektivet og generelle EØS-rettslige prinsipper at de hensynene som begrunner tillatelsen må angis *før* beslutningen tas, og at disse hensynene må være tilstrekkelig tungtveiende til å kvalifisere som tvingende allmenne hensyn.

EFTA-domstolens uttalelse er tydelig på dette punktet. I avsnitt 34 uttaler EFTA-domstolen:

Det er opp til den anmodende domstolen å vurdere om de nasjonale myndighetene i hovedsaken har analysert det aktuelle prosjektet samlet sett, herunder dets direkte og indirekte innvirkning på målene i direktiv 2000/60, og veid fordelene ved prosjektet opp mot dets skadevirkninger på tilstanden til den aktuelle forekomsten av overflatevann. [...] I denne sammenheng påhviler det de nasjonale myndighetene å godtgjøre at de ikke bare viser til et teoretisk tvingende allment hensyn, men snarere har basert seg på en detaljert, konkret analyse av prosjektet før de har konkludert med at vilkårene for unntak fra forringelsesforbudet var oppfylt (jf. dommen i Kommisjonen mot Østerrike, C-346/14, som sitert over, avsnitt 80).

Som det fremgår, er EFTA-domstolens formulering forankret i EU-domstolens avgjørelse i sak C-346/14 (Kommisjonen mot Østerrike, Schwarze Sulm), avsnitt 80. EFTA-domstolens standpunkt er også i tråd med den skriftlige uttalelsen fra ESA, avsnitt 59, hvor det fremgår at «an EEA State is prevented from invoking ex post facto justifications for applying Article 4(7) to derogate from its obligations under the WFD».

³⁵ Anken s. 2 neste siste avsnitt og side 11 tredje avsnitt.

Det er altså et grunnleggende krav at begrunnelsen for å forringe en vannressurs – herunder det aktuelle tvingende allmenne hensynet – må være identifisert, analysert og godt beskrevet *før* tillatelsen gis. Ved siden av vern av vannressursen, er formålet med å oppstille et slikt krav å sikre allmennhetens innsyn og medvirkning underveis i beslutningsprosessen, samt å legge til rette for en hensiktsmessig domstolskontroll i nasjonale domstoler.

De nasjonale domstolene skal ikke vurdere om tillatelsene kunne ha vært begrunnet med andre hensyn enn dem som er analysert og beskrevet i vedtaket. De nasjonale domstolenes oppgave er å kontrollere vedtakene, ikke å reparere dem.

Det er derfor ikke nødvendig for Høyesterett å foreta en nærmere vurdering av hensynet til forsynings-sikkerhet. Det er tilstrekkelig å konstatere at det ikke forelå en detaljert og konkret analyse og beskrivelse av dette hensynet da tillatelsen ble gitt.

Heller ikke etter tradisjonell norsk forvaltningsrett skal domstolen vurdere om tillatelsen kunne ha vært begrunnet med andre hensyn enn dem som er analysert og beskrevet i vedtaket. Forurensningsloven § 11 og mineralloven § 43 gir forvaltningen en diskresjonær kompetanse til å avgjøre om det skal gis tillatelse og hvordan tillatelsen eventuelt skal utformes. Vannforskriften § 12 begrenser forvaltningens kompetanse til å gi slike tillatelser, men griper ikke inn i forvaltningens kompetanse til å avgjøre om tillatelse skal gis dersom vannforskriften § 12 er oppfylt. Domstolene skal ikke foregripe en fornyet skjønnsmessig vurdering etter forurensningsloven § 11 og mineralloven § 43 basert på en ny begrunnelse for tiltaket.

7.2 Uansett ikke plikt til å vurdere en ny begrunnelse

I foreleggelsesbeslutningen påpekte forberedende dommer at de nasjonale domstolene uansett *ikke har en plikt* til å vurdere en ny begrunnelse. Dette følger klart at EU-domstolens dom i sak C-529/15 Folk:

«Etter forberedende dommer syn følger det klart av EU-domstolens dom i sak C-529/15 Folk avsnitt 38–39 at de nasjonale domstolene ikke har en EØS-rettslig plikt til å vurdere en annen begrunnelse for at unntaksvilkårene i vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 er oppfylt, enn den som framgår av tillatelsen. [...]»

Det er et politisk kontroversielt spørsmål om Førdefjorden skal forringes for å øke utvinningen av mineraler. I befolkningen er det et klart flertall som er mot deponering av gruveavfall i fjorder. Dersom Høyesterett «reparerer» vedtakene ved å legge vekt på en ny begrunnelse, vil dette i realiteten være et nytt vedtak uten ordinær saksbehandling, konsekvensutredning eller offentlig deltakelse i beslutningsprosessen.

I avsnitt 47 uttaler EFTA-domstolen at hensynet til forsynings-sikkerhet «kun kan være tvingende når det aktuelle mineralet er av en slik art at det rettferdiggjør særlige tiltak og, for det andre, at mineralet faktisk vil bli brukt til slike formål i den aktuelle EØS-staten eller i EØS mer generelt. [...]». Dette er i tråd med miljøorganisasjonenes anførsler for tingretten og EFTA-domstolen.

Spørsmålet om strategisk tilgang til kritiske mineraler er svært komplekst. Det vil være uforsvarlig og lite tillitvekkende dersom Høyesterett behandler dette spørsmålet uten en forutgående utredning og behandling i forvaltningen. En forsvarlig behandling vil kreve at det fremskaffes omfattende og balansert dokumentasjon. En gjennomgang av denne dokumentasjonen vil kreve betydelig ressursbruk og spesialkompetanse som domstolen ikke besitter. Miljøorganisasjonene har heller ikke ressurser til å bidra til at spørsmålet blir gjenstand for en grundig og kontradiktorisk behandling i domstolen.

Dagens tillatelse er utformet med sikte på å maksimere det hensynet som er fremhevet i tillatelsen, nemlig størst mulig inntekter. Dersom prosjektet skal ivareta forsyningshensyn, kan det være aktuelt å stille helt andre vilkår for tillatelsen.

Domstolene kan bare ta stilling til spørsmålet om vedtakene er ugyldige. I motsetning til forvaltningen, har domstolene ingen mulighet til å stille vilkår for et begunstigende vedtak. Det vil derfor ikke være mulig for domstolen å sikre «at mineralet faktisk vil bli brukt til slike formål i den aktuelle EØS-staten eller i EØS mer generelt». Dersom forvaltningen overveier å gi tillatelse basert på hensynet til forsyningsikkerhet, må forvaltningen også overveie om det skal stilles vilkår som bidrar til å sikre at dette hensynet blir realisert.

7.3 Det foreligger heller ikke i dag en konkret og detaljert analyse av forsyningshensynet

Selv om det ikke var nødvendig for resultatet, har lagmannsretten valgt å kommentere den begrunnelsen som senere ble gitt i den kongelige resolusjonen av mai 2025. Som lagmannsretten påpeker på side 32, ble det heller ikke på dette tidspunktet gjennomført en ordentlig utredning:

[...] Det foreligger ingen underlagsdokumentasjon til denne kongelige resolusjonen. Vitnet Harald Sørby har forklart at det ved forberedelsen av resolusjonen ikke er foretatt ytterligere utredninger eller skriftlige vurderinger som konkret gjelder Engebø-prosjektet.

[...] Det foreligger imidlertid ingen analyse av Engebø-prosjektets betydning for forsyningsikkerheten i EØS-området. Det er ikke foretatt noen spesifikk, grundig vurdering av hvilken rolle rutil fra Engebø konkret kan spille for forsyningsikkerheten i Norge og EØS-området. [...]

Lagmannsretten konstaterer at det heller ikke i mai 2025 foreligger en analyse av forsyningshensynet som er tilstrekkelig konkret og detaljert til at forvaltningen ville hatt kompetanse til å gjøre unntak fra forringelsesforbudet, jf. lagmannsrettens dom s. 33 annet avsnitt. Lagmannsretten bemerker også at «de kvalitative manglene ved begrunnelsen» gjør at domstolene mangler et tilstrekkelig faktisk grunnlag for å kunne vurdere om hensynet til forsyningsikkerhet kan utgjøre en «overriding public interest».

7.4 Kravet om «overriding public interest» er uansett ikke oppfylt

Lagmannsretten påpeker at forvaltningen, før det eventuelt gis en ny tillatelse, må foreta «en tilstrekkelig grundig analyse basert på et oppdatert faktagrunnlag». I avsnitt 47 gir EFTA-domstolen noen retningslinjer for denne analysen:

«[...] Som ESA og Kommisjonen har påpekt er kvaliteten og den tilgjengelige mengden av det aktuelle mineralet av særlig relevans, i likhet med bruksområdene for slike mineraler og hva de faktisk vil bli brukt til. Dette innebærer, for det første, at hensynet til forsyningsikkerhet for slike mineraler kun kan være tvingende når det aktuelle mineralet er av en slik art at det rettferdiggjør særlige tiltak og, for det andre, at mineralet faktisk vil bli brukt til slike formål i den aktuelle EØS-staten eller i EØS mer generelt. [...]»

Spørsmålet om det foreligger tvingende allmenne hensyn må vurderes ut fra situasjonen på vedtakstidspunktet. Da utslippstillatelsen ble gitt i 2016 ble hensynet til å sikre tilgang til kritiske mineraler ikke nevnt. Dette hensynet er heller ikke nevnt i driftskonsesjonen. Derfor ble det heller ikke vurdert om «det aktuelle mineralet er av en slik art at det rettferdiggjør særlige tiltak». Det ble heller ikke fastsatt vilkår som kunne sikre «at mineralet faktisk vil bli brukt til slike formål i den aktuelle EØS-staten eller i EØS mer generelt».

EU gjør grundige og regelmessige vurderinger av hvilke råmaterialer som er kritiske og strategiske. Konklusjonen har i alle år vært at det er rikelig tilgang på titanmineraler. Norge er allerede en stor eksportør av titanråstoff. Det alt vesentlige av denne eksporten brukes i dag til å produsere fargepigment, ikke titanmetall.

Det er et kjent problem at EU mangler prosesseringskapasitet i den videre verdikjeden. Selv om EU har svært god tilgang til titanråstoff, er EU derfor avhengig av globale verdikjeder for å få tilgang til titanmetall. Det er en målsetning å redusere denne avhengigheten. Dette må eventuelt skje ved at det etableres nødvendig prosessindustri i Norge eller EU. Den gjeldende tillatelsen inneholder ingen vilkår om at det skal etableres slik industri, eller at en viss andel av titanråstoffet bare skal benyttes til produksjon av titanmetall til bruk i Norge eller EU.

Dersom det er ønskelig å legge til rette for slik prosessindustri, vil dette trolig kunne gjøres med utgangspunkt i den produksjonen av titanråstoff som allerede foregår i Norge.

I en artikkel i Teknisk Ukeblad publisert 21. mars 2025 uttaler daglig leder i Titania, Dag Larsen:

Titanmetall-markedet i Europa er av begrenset størrelse. Basert på våre kilder er det på cirka 50.000 tonn metall per år, som importeres i sin helhet fra andre deler av verden. Ledig produksjonskapasitet på Titania kunne levert råvarer til store deler av denne produksjonen hvis det var utviklet en prosessindustri for det.

Bilag 7: Artikkel i Teknisk Ukeblad 21. mars 2025

Miljøorganisasjonene antar at en konkret og detaljert analyse, utført i tråd med retningslinjene i EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 47, vil bekrefte at forsyningshensynet *ikke* kvalifiserer som et tvingende allment hensyn i dette konkrete tilfellet.

8 ANKEGRUNN 6: SYSSELSETTINGSHENSYN

8.1 Statens anførsel

I anken vises det til «Engebø-prosjektets store samfunnsmessige betydning i form av positiv betydning for bosetting, arbeidsplasser og ringvirkninger lokalt og regionalt». Det opplyses i anken at:

[...] Det er ikke høy arbeidsledighet som er problematikken i Engebø-regionen, men mangel på arbeidsplasser i basisnæringer. I kombinasjon med en stadig aldrende befolkning, skaper dette utfordringer som etablering av stabile industriarbeidsplasser vil bøde på.

8.2 Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten drøfter hensynet sysselsettingshensynet i dommens punkt 7 og 8.3. Drøftelsen tar utgangspunkt i EFTA-domstolens tolkningsuttalelse avsnitt 45 som lyder slik:

«På dette grunnlag kan det ikke utelukkes at et prosjekt kan godkjennes etter direktiv 2000/60 artikkel 4 nr. 7 basert på behovet for å oppnå sysselsettingsvirkninger og dermed sikre bosetting i regioner som opplever betydelig fraflytting og sosial nød. Slike omstendigheter vil imidlertid uansett være underlagt testen i artikkel 4 nr. 7, inkludert kravet om et tvingende allment hensyn. Et enkelt ønske om å skape eller øke sysselsettingen, uten andre faktorer, vil ikke oppfylle dette kriteriet.»

Etter å ha sitert dette avsnittet uttaler lagmannsretten:

Lagmannsretten forstår dette avsnittet slik at EFTA-domstolen angir et eksempel som skal gi veiledning om hvor terskelen ligger dersom den økonomiske eller sosiale situasjonen i et område gjøres gjeldende som et hensyn av «overriding public interest» etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. At terskelen bør ligge høyt for å påberope denne type hensyn som en «overriding public interest», støttes av både direktivets ordlyd og formålsbetraktninger. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å fravike det som følger av en naturlig tolkning av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse på dette punktet, [...]

Dette er i tråd med miljøorganisasjonenes anførsler for tingretten, EFTA-domstolen og lagmannsretten, nemlig at behovet for å oppnå sysselsettingsvirkninger og dermed sikre bosetting bare kan kvalifisere som et tvingende allment hensyn i helt eksepsjonelle tilfeller.

På side 27 påpeker lagmannsretten at:

Det er ikke anført noe i retning av at Førdefjord-regionen eller Sunnfjord kommune er områder med sosial nød, eller med lavere levestandard enn Norge for øvrig.

Lagmannsretten oppsummer spørsmålet slik:

Oppsummeringsvis legger lagmannsretten til grunn at tillatelsene vil ha positive konsekvenser i form av økt sysselsetting og bosetting i regionen rundt Engebøfjellet, både i et kortsiktig og langsiktig perspektiv. Det er også sannsynliggjort at regionens befolkningsutvikling går i retning av en eldre befolkning, og det må legges til grunn at nye industriarbeidsplasser vil kunne motvirke en slik utvikling. Når situasjonen i Engebøfjellregionen og de forventede positive virkningene av tiltaket vurderes samlet, opp mot terskelen for «overriding public interest» etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7, finner imidlertid lagmannsretten det klart at denne terskelen ikke er nådd.

På denne bakgrunn kvalifiserer hensynet til den økonomiske og sosiale situasjonen i området ikke som en «overriding public interest» etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7.

8.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

Miljøorganisasjonene vil anføre at lagmannsrettens vurdering bygger på riktige rettslige utgangspunkter. Som lagmannsretten påpeker, er konklusjonen klar. Det er ikke mulig å komme til et annet resultat uten å sette EFTA-domstolens tolkningsuttalelse til side.

Miljøorganisasjonene har fremlagt utredninger og statistikk som beskriver situasjonen i området. Nedenfor vil dette bli sammenfattet helt kort.

Med virkning fra 1. januar 2020 ble Naustdal kommune slått sammen med de tre nabokommunene Førde, Jølster og Gaular. Den nye kommunen heter Sunnfjord kommune. De formelle vedtakene ble fattet i juni 2016, men arbeidet ble påbegynt allerede i 2014. I utredningene før sammenslåingen ble det gitt en detaljert beskrivelse av arbeidsmarkedet og forventet befolkningsutvikling.

Arbeidsledigheten i Naustdal (og senere Sunnfjord) er eksepsjonelt lav. I den aktuelle perioden var det også lav ledighet i resten av landet. Dette er bakgrunnen for bemerkningen i Miljødirektoratets vurdering:³⁶

«Fordi det er svært lav arbeidsledighet i Norge forventes det at norsk arbeidskraft ellers i stor grad ville ha blitt sysselsatt i andre prosjekter. Dersom prosjektet sysselsetter arbeidstakere fra land med høy ledighet er dette selvfølgelig positivt. I en samfunnsøkonomisk analyse for Norge vil dette imidlertid være av mindre betydning.»

I den kongelige resolusjonen uttales det at Naustdal kommune «lenge har vært inne i en svakt fallende befolkningsutvikling». Som lagmannsretten påpeker, stemmer ikke dette utsagnet med offisielle befolkningstall publisert av SSB. Folketallet økte i tidsrommet fra 2008 og frem til vedtakstidspunktet i 2016. I utredningen før sammenslåingen opplyses det at det har vært en jevn vekst i folketallet siden 2000, at fødselsbalansen er positiv og at fødselsbalansen var litt høyere enn fødselsbalansen på landsbasis det siste året.

I anken er det fremhevet at «EØS-retten åpner for regional statsstøtte ut fra distriktshensyn». Dette skyldes at Naustdal, i likhet med store deler av Norge, har lav befolkningstetthet. Befolkningstettheten i Naustdal kommune (antall innbyggere pr. kvadratkilometer) var 8 i den aktuelle perioden. Dette er noe høyere enn gjennomsnittet i Sogn og Fjordane. Det er også noe høyere enn nabokommunene Gaular og Jølster. Befolkningstettheten i Sunnfjord kommune er 11.

Statistikk fra SSB bekrefter at inntektsnivået for husholdninger i det aktuelle området er vesentlig høyere enn gjennomsnittet i Norge. Det er også høyere enn gjennomsnittet i fylket, og vesentlig høyere enn i Oslo.

Disse opplysningene, kombinert med opplysningene om høy sysselsetting, viser at det ikke er «betydelig fraflytting eller sosial nød» i det aktuelle området, jf. EFTA-domstolens tolkningsuttalelse avsnitt 45. Det foreligger heller ingen andre eksepsjonelle forhold som kan begrunne en forringelse av Førdefjorden.

9 ANKEGRUNN 7: OPPDATERT VURDERING

Miljøorganisasjonene har ikke gjort den kongelige resolusjonen av mai 2025 til søksmålgjenstand. Saken gjelder gyldigheten av de fire opprinnelige vedtakene.

Anken inneholder likevel en rekke passasjer som inviterer Høyesterett til å foreta en gyldighetskontroll basert på nye rettsfakta. På side 11 nest siste avsnitt heter det:

Subsidiært mener staten at Høyesterett må avklare at når det foreligger en oppdatert realitetsvurdering fra forvaltningens side og staten anfører at denne ratihaberer eventuelle tidligere feil, må domstolene som ledd i en slik gyldighetsprøving av de tidligere tillatelsene ta den oppdaterte begrunnelsen med i vurderingen.

I ankens punkt 4.5 hevdes det at «lagmannsretten tar feil når den på side 33-34 konkluderer med at det ikke er foretatt en oppdatert vurdering av de hensynene som taler mot prosjektet, altså miljøulempene ved sjødeponiet».

³⁶ Miljødirektoratets anbefaling 13. februar 2015 s. 79 (U1 s. 1572).

Ifølge staten skal gyldighetskontrollen innrettes slik at Høyesterett kontrollerer «[d]en oppdaterte, samlede avveiningen» som angivelig er foretatt i resolusjonen av mai 2025. Høyesterett skal altså vurdere nye rettsfakta av betydning for forsyningshensynet og miljøkonsekvensene. I ankens punkt 3 er det varslet at bevisførselen vil bli utvidet på disse punktene. I ankens punkt 6 er det, i tråd med dette, bebudet et nytt vitne for Høyesterett.

Lagmannsretten har helt korrekt konkludert med at det ikke er foretatt en oppdatert vurdering av de hensynene som taler mot prosjektet. Saken vil ikke kunne avvikles innenfor hensiktsmessige rammer dersom dette skal bli et bevisstema i Høyesterett. Utviklingen i senere år har styrket miljøargumentene mot sjødeponi. Stikkordmessig kan det nevnes at fjordene er sterkt belastet som følge av annen næringsvirksomhet, særlig oppdrettsvirksomhet. Villaksen ble rødlistet i 2021, og 2024 var det dårligste året for villaksen noensinne. Utviklingen i vestlandsfjordene er spesielt alvorlig. Global oppvarming gjør det enda viktigere å bevare de dype bassengene i fjordene.

Miljøorganisasjonene mener det viktig at saken avgrenses mot bevisførsel om nye rettsfakta. I plenumssaken Rt. 2015 s. 1985 fastholdt et stort flertall (12–5) at domstolene ikke kan bygge på faktiske forhold som har oppstått etter det forvaltningsvedtaket som de prøver gyldigheten av. Det er også en sikker hovedregel at domstolene bare kan kjenne et forvaltningsvedtak ugyldig og ikke selv treffe nytt vedtak, jf. Rt. 2001 s. 995 og 2009 s. 170. En tydelig avgrensning av saken i tråd med disse etablerte prinsippene kan skje ved at ankegrunn nr. 7 eksplisitt blir nektet fremmet.

10 ANKEGRUNN 8: OM FEILEN LEDER TIL UGYLDIGHET

10.1 Statens anførsel

I punkt 4.6 anfører staten:

Dersom Høyesterett skulle mene at det foreligger en feil som i utgangspunktet leder til ugyldighet, anfører staten at vedtakene/beslutningen likevel ikke bør kjennes ugyldig, jf. unntaksregelen omtalt i Prop. 79 L (2024-2025) punkt 23.3.1. Tiltakshaver har i ti år innrettet seg i god tro til tillatelsen som ble gitt i 2015 og har investert et betydelig beløp. Det er videre ingen andre store kjente rutilforekomster i Norge eller EU som kan erstatte Engebø-prosjektet.

Slik miljøorganisasjonene forstår anken bestrider ikke staten at de ugyldighetsgrunner lagmannsretten har funnet er materielle kompetansemangler, og heller ikke hovedregelen om at slike mangler leder til ugyldighet.

Den «unntaksregelen» staten påberoper er omtalt slik i Prop. 79 L (2024-2025) punkt 23.3.1:

I praksis og juridisk teori er det antatt at vedtak som mangler hjemmel helt unntaksvis kan være gyldige av hensyn til en part som i god tro har innrettet seg etter vedtaket, jf. blant annet generelle uttalelser i HR-2016-2017-A avsnitt 73 og HR-2021-2571-A avsnitt 63. Det er vanskelig å finne eksempler i rettspraksis på at vedtak har vært ansett gyldige etter en slik regel, men den snevre unntaksregelen oppsummeres slik av Høyesterett i HR-2016-2017-A avsnitt 73:

«Forvaltningsrettens klare utgangspunkt er at [...] innholdsmangler medfører ugyldighet. Noen helt unntaksfri regel er dette likevel ikke, og det enkelte vedtak må vurderes konkret. Når det er aktuelt å statuere ugyldighet til ugunst for parten, har det blant annet betydning hvor lang tid som har gått og i hvilken grad parten har innrettet seg etter vedtaket, se Eckhoff/ Smith, Forvaltningsrett, 10. utgave, 2014 side 463.»

10.2 Lagmannsrettens vurdering

Spørsmålet om virkningen av feilene i vedtakene er behandlet på side 35 - 38 i lagmannsrettens dom. Kjernen er at lagmannsretten har funnet at det foreligger materiell kompetansemangel og at virkningen er ugyldighet etter alminnelig forvaltningsrett. Lagmannsretten viser også til den EØS-rettslige reparasjonsplikten, men fant det ikke nødvendig å ta stilling til om det foreligger en slik plikt i denne saken.

Når det gjelder hensynet til gruveselskapets innrettelse uttaler lagmannsretten på side 37:

Staten har gjort gjeldende at hensynet til tiltakshavere og de samfunnsmessige hensynene som Engebø-prosjektet ivaretar, taler mot ugyldighet. Til dette bemerker lagmannsretten at utgangspunkt etter EU-retten er at en part ikke kan påberope berettigede forventninger der myndighetene har anvendt EU-retten feil, se EU-domstolens dom 19. desember 2019 i sak C-236/18 (GRDF SA) avsnitt 50 og dom 7. august 2018 i sak C-120/17 avsnitt 52. Det har vært antatt at dette kan stille seg annerledes etter at et vedtak må anses som «endelig», se Venemyr, Siri Kildahl: EØS-retts krav til forvaltningsrettslige følger av feil (2024) punkt 8.3 og 9.4. Det gjelder imidlertid ingen søksmålsfrist for vedtakene i foreliggende sak. Videre må det sees hen til de mange klagene fra blant annet de ankende parter, som Nordic Mining var godt kjent med, og at det ble sendt søksmålsvarsel 22. mai 2022 og tatt ut søksmål 14. november 2022. Nordic Mining har gjort sine investeringer med kunnskap om at tillatelsene var påklaget, begjært omgjort eller bragt inn for domstolene.

10.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

Statens anke er på dette punktet begrenset til at gruveselskapets innrettelse og hensynet til rutilforekomstens betydning skal lede til at vedtakene, til tross for en materiell kompetansemangel, likevel ikke er ugyldige.

Miljøorganisasjonene anfører at disse hensynene ikke leder til at vedtakene likevel er gyldige i denne saken. Dette følger både av norsk forvaltningsrett og EØS-retten. Miljøorganisasjonene viser til lagmannsrettens begrunnelse og kildehenvisninger gjengitt ovenfor. Det tilføyes at det ikke dreier seg om et utelukkende begunstigende vedtak for en privat part, men om tillatelser gitt i strid med helt fundamental lovgivning om vern av vannforekomster.

I tillegg viser miljøorganisasjonene til at staten etter forurensningsloven § 18 tredje ledd har en diskresjonær adgang til å tilbakekalle eller endre utslippstillatelsen når det har gått ti år etter at den ble gitt. Utslippstillatelsen ble gitt 5. juni 2015 og statens rett til å tilbakekalle tillatelsen inntrådte følgelig 6. juni 2025. Gruveselskapet har således ikke på noe tidspunkt hatt en rettsbeskyttet forventning om en utslippstillatelse med lenger varighet.

Miljøorganisasjonene anfører i tillegg at både forvaltningen og domstolen etter den EØS-rettslige lojalitetsplikt i dette tilfelle har en plikt til å reparere EØS-bruddet, jf. EØS-avtalen artikkel 3 med tilhørende omfattende rettspraksis. I denne saken må EØS-bruddet elimineres ved at vedtakene kjennes ugyldige.

11 ANKEGRUNN 9: OM FEILEN ER REPARERT (RATIHABERT)

11.1 Statens anførsel

I punkt 5.2 annet avsnitt anfører staten:

I den grad det foreligger feil av betydning for gyldigheten av de opprinnelige tillatelsene, anfører staten at beslutningen 23. mai 2025 innebærer at disse nå uansett er reparert (ratihabert). Ratihabisjonen får virkning fra samme tidspunkt som det opprinnelige vedtaket, jf. Prop. 79 L (2024-2025) pkt. 23.5.1.

11.2 Lagmannsrettens vurdering

I punkt 9 nest siste avsnitt uttaler lagmannsretten:

Staten har videre anført at vedtakene er ratihabert ved kongelig resolusjon 23. mai 2025, der omgjøring ble vurdert men ikke besluttet. Det følger av lagmannsrettens vurderinger i punkt 8.3 til 8.5 at denne anførselen ikke kan føre frem. Begrunnelsen og vurderingene i denne kongelige resolusjonen er tatt i betraktning når lagmannsretten har funnet at vedtakene lider av materielle kompetansemangler og av den grunn må kjennes ugyldige.

I punkt 8.4 og 8.5 var lagmannsrettens vurdering at «[b]egrunnelsen og vurderingene i denne kongelige resolusjonen» knyttet til forsyningshensynet ikke oppfylte de krav forvaltningen må oppfylle for å gjøre unntak i medhold av vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c) (side 31 flg.).

11.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

Miljøorganisasjonene bestrider ikke at forvaltningen i visse tilfeller har adgang til å ratihabere et ugyldig vedtak, som vil innebære en etterfølgende godkjenning av det ugyldige vedtaket.

Ettersom den opprinnelige utslippstillatelsen innebærer et EØS-rettslig brudd og en materiell kompetansemangel er det imidlertid ikke adgang til ratihabisjon i dette tilfellet. Den kongelige resolusjonen 23. mai 2025 oppfyller ikke statens plikt til å eliminere EØS-bruddet (se bl.a. C-24/19 A and others), og oppfyller heller ikke kravet til en detaljert og spesifikk analyse av de tvingende allmenne hensyn i vannforskriften § 12 før vedtak fattes. Det er dessuten ikke foretatt noen helhetlig oppdatering av alle hensyn som inngår i vurderingen.

Miljøorganisasjonene tilføyer at den kongelige resolusjonen 23. mai 2025 heller ikke kan forstås som en ratihabisjon fordi den legger til grunn at den opprinnelige utslippstillatelsen er gyldig, mens ratihabisjon gjelder ugyldige vedtak.

12 ANKEGRUNN 10: RETTSLIG INTERESSE

12.1 Statens anførsel

Statens anførsler fremgår av anken punkt 5.2. I det første avsnittet heter det:

Statens syn er at det klare utgangspunktet er at den siste realitetsvurderingen fra forvaltningen må gjøres til tvistegenstand, og at det ikke er noen grunn til at utgangspunktet ikke skal følges i vår sak. Staten viser til Rt-2013-1101. Med støtte i Skoghøy, Tvisteløsning (4. utgave) s. 432, mener staten at kjennelsen må ses som utslag av et mer generelt prinsipp.

12.2 Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten slår innledningsvis fast at saken gjelder et rettskrav og at miljøorganisasjonene har tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden (søksmålskompetanse). Spørsmålet er om kravet til *aktualitet* er oppfylt.

Videre slår lagmannsretten fast at miljøorganisasjonene forut for 23. mai 2025 hadde rettslig interesse i å få prøvd gyldighetene av de fire forvaltningsvedtakene søksmålet retter seg mot.

Lagmannsrettens konklusjon er at den kongelige resolusjon av mai 2025 ikke har karakter av å være en realitetsvurdering:

Slik lagmannsretten ser det, er det lite nærliggende å karakterisere den kongelige resolusjonen 23. mai 2025 som en ny realitetsvurdering. Vurderingene i den kongelige resolusjonen fremstår i hovedsak som en begrunnelse for hvorfor staten mener at vedtakene søksmålet retter seg mot, er gyldige, og ikke som en ny realitetsprøving av om vilkårene for å gi tillatelse er oppfylt. [...]

Etter en samlet vurdering konkluderer lagmannsretten med at «det ikke er den kongelige resolusjonen 23. mai 2025 som nå regulerer partenes rettsstilling, og som må angripes av den som ønsker å få tillatelsene kjent ugyldige»:

Fraværet av en ny realitetsvurdering, sammenholdt med at det ikke forelå noen plikt til å foreta en fornyet vurdering av saken, at omgjøringsvurderingen ikke var initiert av en part og at forvaltningen etter forvaltningsloven bare hadde adgang til å sette de opprinnelige vedtakene til side dersom de må anses ugyldige, tilsier, slik lagmannsretten ser det, at det ikke er den kongelige resolusjonen 23. mai 2025 som nå regulerer partenes rettsstilling, og som må angripes av den som ønsker å få tillatelsene kjent ugyldige. Etter lagmannsrettens syn fremstår resolusjonen derimot som en supplerende og utdypende av begrunnelsene som er gitt tidligere. Også mangelen på en oppdatert konkret vurdering knyttet til den delen av beslutningen hvor det er lagt et endret faktum til grunn, støtter opp under at det ikke er naturlig å anse behandlingen ved den kongelige resolusjonen som en ny realitetsvurdering.

Avslutningsvis bemerker lagmannsretten:

Rettsvirkningene av at de opprinnelige vedtakene kjennes ugyldige, taler etter lagmannsrettens syn også mot å anse den rettslige interessen knyttet til disse for å være bortfalt. Ved ugyldighet må forvaltningen foreta en ny vurdering av om vilkårene for å gi tillatelse er oppfylt, som oppfyller kravene til forvaltningens vurderinger og saksbehandling etter forvaltningsloven og EØS-retten, se nærmere om dette i punkt 8.5 nedenfor. Beslutningen om ikke å omgjøre vedtakene, som er basert på at den opprinnelige forurensningstillatelsen er gyldig, kan derfor ikke anses for å erstatte de tidligere vedtakene. Omgjøringsbeslutningen reparerer heller ikke bruddet på EØS-retten når tillatelsene er funnet å være i strid med vanndirektivet, se lagmannsrettens vurdering i punkt 9.

12.3 Miljøorganisasjonenes anførsler

12.3.1 Lagmannsrettens vurdering er riktig

Miljøorganisasjonene vil anføre at lagmannsrettens vurdering er riktig.

Staten trekker slutninger fra Rt. 2013 s. 1101 som det ikke er grunnlag for. Spørsmålet i den saken var om en utlending hadde krav på opphold på humanitært grunnlag. Mens saken sto for lagmannsretten, vurderte Utlendingsnemnda omgjøring i lys av at det var fremlagt nye helseopplysninger.

På utlendingsrettens område har myndighetene en plikt til å gjøre en ny realitetsvurdering når det påberopes nye forhold (rettsfakta). Spørsmålet var om utlendingen fortsatt hadde rettslig interesse i å få prøvd de opprinnelige vedtakene, eller om den rettslige interessen var begrenset til å prøve det nye vedtaket. Ankeutvalget uttaler i avsnitt 24 at den siste vurderingen er et «vedtak» og at dette nye vedtaket «regulerer nå partenes rettsstilling». De tidligere vedtakene er derfor «erstattet av det nye». Utlendingen har ikke et «reelt behov» for overprøving av de tidligere vedtakene.

Utlendingssaken gjaldt et topartsforhold. Forvaltningen hadde en konvensjonsfestet plikt til å foreta en realitetsvurdering av nye opplysninger. En eventuell omgjøring ville være til gunst for utlendingen. Forvaltningen sto derfor helt fritt til å omgjøre tidligere vedtak dersom de nye helseopplysningene skulle tilsa det. Utlendingens interesse i saken gjaldt egne rettigheter og plikter, nemlig rett til opphold i Norge på humanitært grunnlag.

Skoghøys bemerkninger til denne dommen må forstås i lys av dette, altså at det her lå til rette for å foreta en realitetsvurdering, at en slik realitetsvurdering faktisk ble foretatt, og at de tidligere vedtakene ikke hadde noen prinsipiell interesse

Rt. 2013 s. 1101 kan betraktes som en form for systemtilpasning som er ganske særegen for det rettsområdet saken gjelder. I den aktuelle saken hadde utlendingen en konvensjonsbeskyttet rett til å få vurdert nye opplysninger. Samtidig er det et grunnleggende prinsipp i norsk forvaltningsrett at domstolene skal vurdere gyldigheten av forvaltningsvedtak basert på situasjonen på vedtakstidspunktet. På utlendingsområdet håndteres dette ved at forvaltningen foretar en realitetsvurdering av om vedtaket skal omgjøres. Forvaltningen kan fritt foreta en slik realitetsvurdering, uten at det er nødvendig å ta stilling til om det tidligere vedtaket er ugyldig. Dersom forvaltningen, etter en realitetsvurdering, beslutter at det opprinnelige vedtaket ikke skal omgjøres, anses dette som et nytt vedtak. Domstolskontrollen rettes da mot dette nye vedtaket. Dermed fungerer systemet slik at nye opplysninger blir realitetsvurdert, uten at man fraviker prinsippet om at domstolene prøver gyldigheten av vedtak basert på situasjonen på vedtakstidspunktet.

Vår sak gjelder et trepartsforhold, ikke et topartsforhold slik som i Rt. 2013 s. 1101. En omgjøring vil være «til skade» for gruveselskapet, jf. forvaltningsloven § 35 (1) a. Forvaltningen har da ingen adgang til omgjøring med mindre vedtakene «må anses ugyldig», jf. § 35 (1) c. Miljøorganisasjonenes interesse i saken gjelder ikke organisasjonenes individuelle rettigheter og plikter. Miljøorganisasjonene har imidlertid en prinsipiell interesse i å få dom for at vedtakene er ugyldige.

12.3.2 Miljøorganisasjonenes prinsipielle interesse

Ankesaken er spisset for å avklare det nærmere innholdet i en viktig miljøbestemmelse, nemlig forbudet mot å forringe vannressurser. Miljøorganisasjonene har fått gjennomslag for sitt syn i EFTA-domstolen, men uttalelsen er begrenset til å gjelde den generelle tolkning av vanndirektivet.

De nasjonale domstolene vil også måtte ta stilling til subsumsjonen, altså om de hensynene som er vektlagt i tillatelsene kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn. En slik konkret vurdering vil gi en ytterligere avklaring av rettstilstanden.

En dom for ugyldighet vil utløse en plikt til å foreta en ny omgjøringsvurdering. Denne vurderingen må bygge på et premiss om at vedtakene er ugyldige. Denne nye vurderingen vil derfor være av en helt annen karakter enn beslutningen av 23. mai 2025. Forvaltningen vil ha plikt og kompetanse til å foreta en realitetsvurdering, og avveiningen av eventuelle tvingende allmenne hensyn og miljøkonsekvensene må skje basert på dagens situasjon.

En dom for ugyldighet vil også måtte lede til at vannforskriften og KLDs veileder til forskriften blir korrigert. Dette vil, sammen med dommen, kunne få stor betydning for fremtidig vannforvaltning

Beslutningen av 23. mai 2025 påvirker ikke miljøorganisasjonenes prinsipielle interesse i å få dom for rettskravet. Beslutningen innebærer heller ingen eliminering av EØS-bruddet. Det gis bare en ny begrunnelse for et påstått gyldig vedtak.

I anken uttaler staten:³⁷

[...] Det viktige for staten er å få avklart at domstolenes og partenes tid og ressurser skal brukes til å få avklart partenes reelle og aktuelle uenigheter. [...]

Miljøorganisasjonene vil bemerke at partene er uenige om hvorvidt de opprinnelige vedtakene er ugyldige. Og det er mest rasjonalt å bruke domstolens tid på å kontrollere vedtak, ikke på reparasjonsøvelser hvor domstolen inviteres til å vurdere om alternative begrunnelser – som ikke er beskrevet og analysert i vedtaket – kunne ha vært holdbare.

12.3.3 Det stilles lempelige krav til aktualitet når spørsmålet om rettslig interesse aktualiseres i ankeinstansen

Miljøorganisasjonene vil tilføye at kravet til aktualitet ikke alltid praktiseres like strengt i ankeinstansen, jf. Skoghøy, Tvisteløsning (2022) s. 424.³⁸

Såfremt saken har stor prinsipiell interesse, og det først er etter at saken blir brakt inn for overordnet instans at den rettslige interesse blir svekket, kan det endog tenkes at søksmålet må tillates fremmet selv om det konkrete krav som er fremmet, overhodet ikke har noen aktualitet lenger. [...]»

Til støtte for dette viser Skoghøy til HR-2022-533. Saken gjaldt terskelen for utvising etter utlendingsloven § 122 første ledd. Selv om utvisningsvedtaket var tidsbegrenset og ikke lenger var bestemmende for utlendingens rettigheter og plikter, fant Høyesterett at det forelå et behov for rettsavklaring og at vilkårene i tvisteloven § 1-3 andre ledd fortsatt var oppfylt. 12.3.4 Kravet til rettslig interesse må også anvendes i lys av det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet og Århuskonvensjon.

³⁷ Anken side 11, fjerde avsnitt.

³⁸ JUR s. 5415.

12.3.4 Ankegrunn nr. 10 er uansett ikke relevant for driftskonsesjonen

Punkt 3 i lagmannsrettens dom lyder slik:

Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 6. mai 2022 er ugyldig.

Det må være helt klart at denne delen av lagmannsrettens dom uansett ikke oppheves.

Dersom de øvrige delene av lagmannsrettens dom skal oppheves, bygger det i så fall på et resonnement om at omgjøringsvurderingen av 23. mai 2025 må anses som et nytt vedtak som erstatter tidligere vedtak. Det fremgår imidlertid helt eksplisitt av beslutningen av 23. mai 2024 at omgjøringsvurderingen er begrenset til å gjelde utslippstillatelsen.

Miljøorganisasjonene har derfor fortsatt rettslig interesse i å få dom for at Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 6. mai 2022, som gjelder driftskonsesjonen, er ugyldig.

Det er ikke omtvistet at vanddirektivet og vannforskriften retter seg mot alle sektormyndigheter.³⁹ Mineralmyndighetene hadde en selvstendig plikt til å vurdere om vilkårene i vannforskriften § 12 var oppfylt før det ble gitt driftskonsesjon:

«[...] DMF er også pålagt å vurdere tiltakets påvirkning på vannforekomster i henhold til vannforskriften § 12.»

Søknaden om driftskonsesjon beskrev et nedskalert prosjekt med mindre samfunnsnytte. I Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 6. mai 2022 er dette beskrevet slik:

«Det forventes at mineralutvinningen vil sysselsette 106 personer direkte i driften. [...] Sintefs analyse er riktignok basert på et tidligere driftskonsept hvor det bl.a. var forutsatt en direkte sysselsetting på 170 personer direkte i NRUs drift. Departementet legger likevel til grunn at prosjektet vil bidra til næringsutvikling lokalt og regionalt, spesielt i den lokale regionen rundt Engebøfjellet.»

Dersom den kongelige resolusjonen av 23. mai 2025 skulle ha vurdert omgjøring av driftskonsesjonen, hadde det vært nødvendig å drøfte betydningen av denne reduserte samfunnsnytten.

Anken inneholder ingen nærmere begrunnelse for hvorfor opphevelsespåstanden også omfatter driftskonsesjonen. Dersom staten fastholder påstanden, bør slik begrunnelse gis. Miljøorganisasjonene bør da også få anledning til å inngi bemerkninger før det tas stilling til spørsmålet om opphevelse.

³⁹ KLDs veileder (2015) pkt. 2.2 og 2.3 (JUR s. 1542) og KLDs veileder (2021) pkt. 2.1 og 2.2 (JUR s. 1551).

13 TVISTELOVEN § 30-4

Miljøorganisasjonene anfører at anken bør nektes fremmet i sin helhet. Dersom anken fremmes, vil det være hensiktsmessig å skjære til saken ved at enkelte ankegrunner ikke tillates fremmet.

Ankegrunn nr. 1 (de konkrete miljøulempene) bør ikke tillates fremmet. Slik saken er avgrenset, vil en gjennomgang av de konkrete miljøulempene ikke bidra til å styrke Høyesteretts avgjørelsesgrunnlag nevneverdig. Lagmannsrettens dom illustrerer at en slik gjennomgang ikke er nødvendig.

Ankegrunn nr. 2 (terskelen for å tillate forringelse) reiser kompliserte og særegne spørsmål som kun oppstår for tillatelser gitt for mer enn 10 år siden. Lagmannsretten har presisert at spørsmålet ikke kommer på spissen. Ankegrunnen er bare relevant for utslippstillatelsen, ikke driftskonsesjonen. Det at staten velger å ta anke på dette grunnlaget, indikerer at statens primære formål med anken er å oppnå et annet resultat i den konkrete saken – ikke å søke rettsavklaring for fremtidige saker. Dette bør få som konsekvens at anken nektes fremmet i sin helhet. Ankegrunn nr. 2 bør i alle fall nektes fremmet.

Ankegrunn nr. 5 (forsyningshensyn) bør nektes fremmet fordi det påhviler forvaltningen «å godtgjøre at de ikke bare viser til et teoretisk tvingende allment hensyn, men snarere har basert seg på en detaljert, konkret analyse av prosjektet før de har konkludert med at vilkårene for unntak fra forringelsesforbudet var oppfylt». Staten har i anken erkjent at hensynet til forsyningssikkerhet ikke er «eksplisitt nevnt» i den kongelige resolusjonen fra 2016 (anken s. 2, nest siste avsnitt). De nasjonale domstolene skal ikke vurdere om tillatelsene kunne ha vært begrunnet med andre hensyn enn dem som er analysert og beskrevet i vedtaket. De nasjonale domstolenes oppgave er å kontrollere vedtakene, ikke å reparere dem.

Ankegrunn nr. 9 (om feilen er ratihabert) har nær tilknytning til ankegrunn nr. 5. Dersom ankegrunn nr. 5 nektes fremmet bør det samme derfor gjelde ankegrunn nr. 9.

Ankegrunn nr. 8 (om feilen leder til ugyldighet) er delvis begrunnet i samme forhold som ankegrunn nr. 5 (se anken punkt 4.6.). Også slike anførsler fra staten bør nektes fremmet.

Ankegrunn nr. 7 (oppdatert vurdering) bør nektes fremmet fordi det er viktig at saken avgrenses mot bevisførsel om nye rettsfakta. I Rt. 2015 s. 1985 P fastholdt et stort flertall (12–5) at domstolene ikke kan bygge på faktiske forhold som har oppstått etter det forvaltningsvedtaket som de prøver gyldigheten av.

Ankegrunn nr. 3, 4, 6 og 8. Følgende ankegrunner er nært forbundet og reiser de materielle spørsmålene som det vil være naturlig å behandle dersom anken skal tillates fremmet:

- Ankegrunn nr. 3 (økonomiske hensyn)
- Ankegrunn nr. 4 (samlet interesseavveining)
- Ankegrunn nr. 6 (sysselsettingshensyn)
- Ankegrunn nr. 8 (om feilen leder til ugyldighet) – for så vidt gjelder innrettelseshensyn

Også disse ankegrunnene kan nektes fremmet. Det bør begrunnes med at de klart ikke vil føre frem.

Ankegrunn 10 (rettslig interesse) reiser et prosessuelt spørsmål. Spørsmålet om rettslig interesse er bare relevant for utslippstillatelsen, ikke driftskonsesjonen. Ettersom denne ankegrunnen uansett ikke vil kunne føre til at lagmannsrettens dom oppheves i sin helhet, vil det ikke være hensiktsmessig å dele forhandlingene for å behandle det prosessuelle spørsmålet.

14 SAKSKOSTNADER

14.1 Sakskostnader for tidligere instanser

Ved lagmannsrettens dom ble miljøorganisasjonene tilkjent sakskostnader for tingretten og lagmannsretten, men sakskostnadskravet for tingretten ble skjønnsmessig redusert. Miljøorganisasjonene har inngitt en selvstendig anke over denne delen av lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse. Dersom hovedsaken tillates fremmet, vil Høyesterett kunne prøve alle sider ved lagmannsrettens sakskostnadsoppgave.

Miljøorganisasjonene driver ikke avgiftspliktig virksomhet og har derfor ikke ordinær fradragsrett for inngående MVA. Begge organisasjoner er imidlertid omfattet av en særlig kompensasjonsordning for frivillige organisasjoner som administreres av lotteri- og stiftelsestilsynet. I tidligere instanser har miljøorganisasjonene inngitt sakskostnadsoppgaver uten å kreve dekning for utgifter til merverdiavgift. Disse oppgavene var basert på at merverdiavgiften ville bli kompensert i sin helhet. Det viser seg at dette var en uriktig forutsetning.

Satsen for ordinær merverdiavgift er 25 %. Slik kompensasjonsordningen er utformet, er det bare seks prosentpoeng av denne satsen som blir kompensert. Miljøorganisasjonene skulle derfor ha krevet dekning for merverdiavgift som om satsen var 19%. Det vil bli utarbeidet korrigerte sakskostnadsoppgaver for tidligere instanser hvor kravet om dekning av utgifter til merverdiavgift er inkludert.

14.2 Sakskostnader dersom anken ikke tillates fremmet

Dersom anken ikke tillates fremmet, ber Naturvernforbundet og Natur og Ungdom om å bli tilkjent et samlet beløp på kr. 278.460.

Kravet gjelder i sin helhet salær til advokatene Amund Noss (53 timer) og Asle Bjelland (7 timer). Det er benyttet en timesats på kr. 3.900 eks. MVA. Som forklart i punkt 14.1, er det i tillegg beregnet 19% MVA.

15 PÅSTAND

De ankende parter nedlegger slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Naturvernforbundet og Natur og Ungdom tilkjennes fulle sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.

* * *

Oslo, 8. oktober 2025
CMS Kluge Advokatfirma AS



Asle Bjelland
advokat



Amund Noss
advokat