

Kvale Advokatfirma DA
Haakon VIIIs gate 10
Postboks 1752 Vika
N-0122 Oslo

Tel +47 22 47 97 00
post@kvale.no
www.kvale.no

NO 947 996 053 MVA

PROSESSKRIV
TIL
GULATING LAGMANNSRETT

Oslo, 26. januar 2026

Ansvarlig advokat:
Thomas S. Farhang

Sak nr. Sak nr. 26-002932ASK-GULA/AVD1

Ankende part nr. 1:	Norges Naturvernforbund Mariboës gate 8 0183 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Asle Bjelland CMS Kluge Advokatfirma AS Postboks 1548 Vika 0117 Oslo
Ankende part nr. 2:	Natur og Ungdom Torggata 34 0183 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Amund Noss CMS Kluge Advokatfirma AS Postboks 1548 Vika 0117 Oslo
Ankemotpart:	Engerbø Rutilé and Garnet AS v/styrets leder Finn Ivar Marum Postboks 1 6806 Naustdal
Prosessfullmektig:	Advokat Thomas S. Farhang Kvale Advokatfirma DA Postboks 1752 Vika 0122 Oslo
Rettslig medhjelper:	Advokat Marie Agerup Kildahl Samme adresse
Saken gjelder:	Begjæring om midlertidig forføyning

* * *

1 INNLEDNING

Det vises til Miljøorganisasjonenes prosesskriv av 21. januar 2026, hvor det bestrides at saken skal avvises. I punkt 2 vil ERG kommentere Miljøorganisasjonenes anførsler og utdype sine synspunkter på avvisningsspørsmålet.

Som vist i anketilsvaret, innebærer forføyningssaken at lagmannsretten bes treffe en realitetsavgjørelse i en fremtidig hypotetisk forvaltningssak. Domstolen har ikke adgang til å treffe en realitetsavgjørelse i saken, hvilket alene medfører at ERG må frifinnes. Dette utdypes i punkt 3.

Etter ERGs syn er både spørsmålet om avvisning og om lagmannsretten har kompetanse til å avsi realitetsavgjørelse i saken egnet til skriftlig behandling. I lys av at ankeforhandlingen er berammet til 23. – 27. februar, bes det om at retten snarlig avsier kjennelse om begge spørsmål, jf. prinsippet i tvisteloven § 9-6 tredje ledd. Retten bes videre **sette frist** for inngivelse av sakskostnadsoppgave, jf. tvisteloven § 20-5 fjerde ledd.

2 KOMMENTARER TIL MILJØORGANISASJONENES PROSESSKRIV 21. JANUAR 2026

2.1 Rettslige utgangspunkter (prosesskrivet punkt 2.1-2.2)

Det er sikker rett at et søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak må rettes mot organet som har truffet vedtaket, jf. tvisteloven § 1-5. At staten må trekkes inn som part i saker som gjelder offentligrettslige forhold er særlig begrunnet i hensynet til rettskraftsvirkninger og sakens opplysning.

Høyesterett har lagt til grunn at tvisteloven § 1-5 gjelder i forføyningssaker, jf. Rt-2005-1089. At en begjæring om midlertidig forføyning, som bygger på et krav om at et forvaltningsvedtak er ugyldig skal rettes mot myndigheten som har truffet avgjørelsen i siste instans, er også lagt til grunn i juridisk teori, jf. Flock, Midlertidig sikring (2011) s. 172.

Det synes videre å være enighet om at det ikke er adgang til å nedlegge påstand om ugyldighet i en sak mellom private. Det vises til Miljøorganisasjonenes prosesskriv på s. 3, hvor det fremgår at:

"Mellom private kan anførsler om ugyldighet bare være påstandsgrunnlag, ikke selve påstanden, med mindre annet er bestemt eller har en «særskilt begrunnelse»."

Det er heller ikke omstridt at retten prejudisielt kan ta stilling til gyldigheten av et forvaltningsvedtak i en sak mellom private parter. En slik prejudisiell prøving kan være nødvendig for at private parter skal kunne ivareta sine interesser på en tilfredsstillende måte.

Partenes uenighet knytter seg til hvorvidt det er en ubetinget rett til en prejudisiell prøving av et forvaltningsvedtak i en sak mellom private, også i saker som gjelder offentligrettslige forhold. Miljøorganisasjonene argumenterer for at påstandsutformingen bør være avgjørende for om staten må være part, og ikke sakens realitet. Dette bestrides, hvilket utdypes i det følgende.

2.2 Om rekkevidden av tvisteloven § 1-5 – det er sakens realitet som er avgjørende (prosesskrivet punkt 2.3)

Slik redegjort for i anketilsvaret punkt 6.2, har Høyesterett i Rt-2000-1195 lagt til grunn at vurderingen av om en sak gjelder et offentligrettslig forhold, hvor staten må være part, beror på sakens realitet, ikke påstandsutformingen.

Miljøorganisasjonene argumenterer i punkt 2.3 for at det er mye som tilsier at synspunktene i Rt-2000-1195 er fraveket i forbindelse med vedtakelsen av tvisteloven. Det er det ikke holdepunkter

for – tvert om har lovgiver ubetinget sluttet seg til avgjørelsen. Det vises til NOU 2001:32 B på s. 647, hvor det fremgår at:

"Bestemmelsen i § 1-5 (2) er ikke til hinder for at det i tvist mellom to private parter prejudisielt kan tas stilling til gyldigheten av forvaltningsvedtak uten at det offentlige er gjort til part i saken. Det følger imidlertid av avgjørelsen i Rt-2000-1195 at selve gyldighetsspørsmålet ikke kan gjøres til tvistegjenstand i en sak mellom to private parter uten at det offentlige organ som har truffet vedtaket trekkes inn som part. Saken gjaldt spørsmålet om gyldigheten av en kommunal byggetillatelse." (vår utheving)

Dette er fulgt opp i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) på s. 367, som Miljøorganisasjonene også viser til, og hvor det uttales at:

"Første punktum avklarer også at gyldigheten av et forvaltningsvedtak ikke kan avgjøres i en sak mellom private. Dette er i samsvar med avgjørelsen i Rt-2000-1195. Bestemmelsen er ikke til hinder for at det i tvist mellom to private parter prejudisielt tas stilling til gyldigheten av et forvaltningsvedtak, uten at det offentlige er gjort til part i saken" (vår utheving)

Tvisteloven viderefører derfor rettstilstanden på dette punkt. Som vist i anketilsvaret punkt 6.2, er dette også lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori. På bakgrunn av Miljøorganisasjonenes anførsler finner ERG grunn til å utdype dette nærmere.

Rt-2000-1195 er fulgt opp i Rt-2004-1804. I sistnevnte avgjørelse pekte Høyesterett bl.a. på at det ville være "lite rimelig å pålegge de private parter å «forsvare» fylkesmannens vedtak og sørge for nødvendig opplysning av saken i den forbindelse", jf. avsnitt 27. Rt-2015-641 avsnitt 30 viser også til Rt-2000-1195 i forlengelsen av gjengivelsen av tvisteloven § 1-5, hvilket viser at Rt-2000-1195 gjenspeiler gjeldende rett også etter tvisteloven.

Av nyere rettspraksis vises det til LB-2021-176614. Saken gjaldt spørsmål om tillatelsen til Nordic Rutile AS (nå ERG) om å utvinne rutil, også omfattet retten til å utvinne og utnytte mineralet granat på Engebøforekomsten. En rekke grunneiere som hevdet å ha rett på granaten overdro sine rettigheter til selskapet Arctic Mineral Resources ("AMR") som var saksøker i saken. Staten var ikke part. Påstandens punkt 1 og 2 gikk ut på at Nordic Rutile AS ikke hadde rett til å ta ut eller utnytte granat eller andre av grunneiernes mineraler. Et av påstandsgrunnlagene var at utvinningstillatelsen var ugyldig.

Lagmannsretten fant at påstandene måtte avvises så langt de hvilte på påstandsgrunnlaget om at utvinningstillatelsen var ugyldig. Lagmannsrettens vurdering av avvisningsspørsmålet fremgår av dommen og kjennelsens punkt 2, hvor retten først viser til tvisteloven § 1-5 og deretter uttaler at:

"Slik ankende parts påstand er formulert, som et negativt fastsettelsessøksmål – Nordic har plikt til å unnlate utvinning -, fremstår spørsmålet om gyldigheten av et offentlig vedtak umiddelbart som et prejudisielt forhold som domstolene i mange tilfeller vil ha adgang til å ta stilling til i en sak mellom private parter, som for eksempel i Rt-1985-743.

Ubetinget gjelder dette imidlertid ikke, slik avgjørelsen i Rt-2000-1195 viser. I saken bestred en privat part, i et søksmål anlagt bare mot naboen, gyldigheten av en byggetillatelse som naboen hadde fått. Den prinsipale påstanden var at byggetillatelsen skulle kjennes ugyldig – en påstand som ikke ble tillatt fremmet i saken. Det ble imidlertid subsidiært lagt ned påstand om at naboen skulle kjennes uberettiget til å oppføre bygget fordi byggetillatelsen var ugyldig, noe som har en klar parallell til Arctics påstandsutforming og påstandsgrunnlag i vår sak. Høyesteretts ankeutvalg kom til at heller ikke den subsidiære påstanden kunne fremmes i saken, og uttalte – etter å ha vist til Rt-1985-743:

I vår sak er imidlertid den subsidiære påstand så nært knyttet til gyldighetsspørsmålet at det ikke er naturlig å betrakte spørsmålet om gyldigheten

som et prejudisielt forhold. Den subsidiære påstand er i realiteten bare en annen formulering av det saksøker ønsket å oppnå ved den prinsipale påstanden. Det kan ikke sees å være saklige hensyn som kan medføre at saksanlegget bør kunne fremmes i denne form. Det fremstår som en omgåelse."

Avgjørelsen er nærmere omtalt av Skoghøy i JV-2002-345 under punkt 2.2 på side 350-53:

Undertiden kan påstanden være formulert slik at den ikke sier noe om hvorvidt saken gjelder et privatrettslig eller et offentligrettslig forhold. Dette gjelder for eksempel i tilfeller hvor det er nedlagt påstand om at en oppført bygning skal rives, eller at en planlagt bygning ikke kan oppføres. Etter min oppfatning kan det krav som danner det umiddelbare grunnlag for en handle-, tåle- eller unnlatesplikt ikke løsrives fra, men må anses som en del av handle-, tåle- eller unnlatesplikten. Dersom et krav om at en oppført bygning skal rives, eller at en planlagt bygning ikke kan oppføres, er begrunnet med at det ikke foreligger gyldig byggetillatelse, må derfor søksmålsgjenstanden etter min mening anses som et offentligrettslig rettsforhold. Både av hensyn til rettskraftvirkningen av dommen og av hensyn til sakens opplysning må det også i slike tilfeller stilles krav om at det offentlige må saksøkes

De nevnte hensynene gjør seg etter lagmannsrettens syn også gjeldende i vår sak. Selv om staten ikke har noen privatrettslig interesse i saken – den har gitt fra seg sine eierbeføyelser til rutilen – knytter det seg klart offentligrettslige interesser til hvordan de lovfestede vilkårene for å gi utvinningsrett er å forstå, og forvaltningen vil kunne bidra til sakens opplysning både når det gjelder faktum, praksis og relevante hensyn. Det vil også skape usikkerhet om Nordics rettslige posisjon dersom domstolene kommer til at selskapet i forhold til Arctic ikke kan utvinne rutil fordi utvinningstillatelsen ikke er gyldig, samtidig som tillatelsen på grunn av rettskraftreglene fortsatt er gyldig i forhold til myndighetene som har gitt den.

Det er uten betydning at 2000-avgjørelsen var etter den gamle tvistemålsloven. Tvisteloven viderefører gjeldende rett på dette punkt, jf. NOU 2001:32 Rett på sak, Bind B, side 654.

Lagmannsrettens konklusjon er at Arctics påstand punkt 1 og 2 må avvises så langt som de hviler på påstandsgrunnlaget at Nordics utvinningstillatelse er ugyldig." (vår utheving)

Kjennelsen ble ikke anket til Høyesterett som senere behandlet saken i HR-2024-550. Også denne avgjørelsen viser at Rt-2000-1195 fremdeles er gjeldende rett.

At det offentlige må saksøkes dersom gyldigheten av et forvaltningsvedtak utgjør den reelle søksmålsgjenstanden er også lagt til grunn i juridisk teori. I tillegg til Skoghøy JV-2002-345, vises det til Skoghøy, Tvisteløsning (2022) på s. 465, Schei mfl., Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 3.6, Juridika, bekreftet à jour per 1. mars 2025 og Backer i Lov og Rett nr. 2 (2008) "Hvem skal saksøkes i offentligrettslige trepartsforhold, på s. 70. I sistnevnte artikkel skriver Backer at "tvisteloven viderefører for så vidt retstilstanden etter Rt-2000-1195 U." Han reiser videre spørsmål om rekkevidden av Rt-2000-1195, og konstaterer at dersom løsningen skal fastholdes må det være ut fra generelle synspunkter om videreføring av rettspraksis etter tvistemålsloven kombinert med en vurdering av reelle hensyn i spørsmålet.

Det bemerkes at Rt-1987-538, som Miljøorganisasjonene viser til, ikke gir noen veiledning for vår sak. I saken avgrenset Høyesterett mot spørsmålet om det kan tenkes tilfeller hvor en privat part ikke har rettslig interesse i å ta ut søksmål mot en annen privat part med påstand om at virksomheten som utøves etter en offentlig tillatelse, er ulovlig og må kreves bragt til opphør.

På bakgrunn av forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori, er det ikke tvilsomt at Rt-2000-1195 fremdeles gir uttrykk for gjeldende rett. Ved vurderingen av om staten må saksøkes fordi saken gjelder et offentligrettslig forhold, er det derfor ikke formuleringen av hovedkravet eller

påstandsutformingen (forføyningskravet) som er avgjørende, men om gyldigheten av Utslippstillatelsen er den reelle søksmålsgjenstanden. I denne saken er både hovedkravet og forføyningskravet så nært knyttet til gyldighetsspørsmålet at det ikke er naturlig å betrakte dette som et prejudisielt forhold. Dette utdypes i det følgende.

2.3 Forføyningssaken gjelder et offentligrettslig forhold hvor staten må være part (prosesskrivet punkt 3 og 4)

I prosesskrivet punkt 3 på s. 4 hevder Miljøorganisasjonene at formålet med forføyningen ikke er å "prøve gyldigheten av vedtakene." Miljøorganisasjonene viser til at gyldigheten av Utslippstillatelsen er tvistegjenstand i søksmålet mot staten, og at forbudet mot deponering er "noe annet og noe mer" enn en annen formulering av et krav om fastsettelsesdom på ugyldighet.

At det er tatt ut et parallelt søksmål mot staten om gyldigheten av Utslippstillatelsen, er uten betydning for spørsmålet om forføyningssaken gjelder et offentligrettslig forhold, hvor staten må være part i denne verserende ankesaken for Gulating lagmannsrett.

Miljøorganisasjonenes anførsel om at forbudet om deponering er "noe annet og noe mer" enn formuleringen av et krav på ugyldighet står i sterk kontrast med anførselene Miljøorganisasjonene tidligere har gjort gjeldende i saken. Det umiddelbare grunnlaget for kravet om forbudet mot deponering har vært – og er – at Utslippstillatelsen er ugyldig. Miljøorganisasjonene har gjennomgående argumentert for at retten i forføyningssaken kan bygge på Borgarting lagmannsretts ikke-rettskraftige dom i saken mot staten, og at en dom på ugyldighet innebærer at Utslippstillatelsen er en nullitet, "virkningsløs", og at ERG "aldri har hatt en utslippsrett", se bl.a. anken punkt 6.3.2. Miljøorganisasjonene har hevdet at de kunne formulert hovedkravet som et krav på ugyldighet, og oppnådd formålet med forføyningen. Det vises til anken på s. 26, hvor det fremgår at:

"I foreliggende sak har miljøorganisasjonene funnet det mest dekkende å formulere hovedkravet slik at ERG ikke har rett til å deponere gruveavfall i Førdefjorden. Hovedkravet kan alternativt formuleres på andre måter, for eksempel simpelthen at utslippstillatelsen er ugyldig (slik det ble gjort i LE-2005-158699) eller slik at «ERG har ikke uten gyldig tillatelse rett til å forurense eller forringe vannforekomsten Førdefjorden Ytre»." (vår utheving)

Dette illustrerer tydelig at hovedkravet, om at ERG ikke har rett til å deponere, kun er en annen formulering av kravet på ugyldighet og at påstanden om stans er så nært knyttet til gyldighetsspørsmålet at det ikke er naturlig å betrakte det som et prejudisielt forhold, hvor staten ikke må være part. På dette punkt har forføyningssaken klare likhetstrekk med Rt-2000-1195 og LB-2021-176614, hvilket med tyngde taler for at saken skal avvises.

At forføyningssaken gjelder flere og andre spørsmål enn søksmålet mot staten om Utslippstillatelsens gyldighet, endrer heller ikke at saken gjelder et offentligrettslige forhold hvor staten må være part. Miljøorganisasjonenes påstandsgrunnlag er både at Utslippstillatelsen er ugyldig, og at staten angivelig har brutt sine EØS-rettslige forpliktelser. Slik redegjort for i anketilsvaret, argumenterer Miljøorganisasjonene gjennomgående for at domstolene må beslutte midlertidig forføyning fordi staten påstås å ha brutt reparasjonsplikten, se bl.a. anken punkt 2.3.

Dersom lagmannsretten mot formodning skulle ta anførselene til følge, og legge til grunn at forvaltningen har brutt sine EØS-rettslige forpliktelser ved ikke å trekke Utslippstillatelsen tilbake, og at domstolen har en rett og plikt til å treffe en realitetsavgjørelse i saken, vil det være svært uheldig at staten ikke er part. Om Høyesterett kommer frem til at Utslippstillatelsen er ugyldig, er det forvaltningen som skal vurdere virkningene av ugyldighet. Dersom lagmannsretten allerede har tatt stilling til dette, vil det være uklart i hvilken utstrekning avgjørelsen binder forvaltningens fremtidige myndighetsutøvelse. Hensynet til rettskraftsvirkninger tilsier derfor at staten må være part i saken.

Videre knytter det seg åpenbart tungtveiende offentlige interesser både til spørsmålet om Utslippstillatelsene er ugyldig og til virkningene av en eventuell fremtidig dom på ugyldighet, som er sentrale spørsmål i denne saken. Det siste er ikke et tema i saken mellom staten og Miljøorganisasjonene. Miljøorganisasjonenes anførsel om at hensynet til sakens opplysning er tilstrekkelig ivaretatt fordi staten er part i saken som nå skal behandles av Høyesterett kan uansett ikke føre frem. Som vi kommer tilbake til, er det heller ikke avgjørende at staten har mulighet til å opptre som partshjelp.

Denne saken er av en helt annen karakter enn saker hvor det typisk er nødvendig med en prejudisiell prøving av et forvaltningsvedtak for at private skal kunne ivareta sine interesser. LE-2005-158699 som Miljøorganisasjonene viser til, gjaldt spørsmål om midlertidig forføyning i en sak mellom naboer med konkurrerende private interesser. I avgjørelsen vektla lagmannsretten blant annet at "i det foreliggende tilfellet er de private interessene i overholdelse av lovens byggegrense sterke". Det er imidlertid ingen holdepunkter for at denne ankesaken gjelder "noe annet og noe mer" enn offentligrettslige forhold. Den er derfor vesensforskjellig fra f.eks. byggesaker, som gjelder nabo- og eiendomsrettslige forhold. I denne saken er det ikke private – men offentlige interesser som er dominerende. ERG utvinner statens mineral (rutil), deponeringen finner sted på statens eiendom, virksomheten er et resultat av et offentlig initiativ og prosjektet inngår som ledd i regjeringens mineralstrategi. Utslippstillatelsen er begrunnet med hensynet til sysselsetting, bosetting og forsyningssikkerhet. En forføyning vil derfor påvirke nasjonale, regionale og lokale interesser, og ha langt større ringvirkninger enn kun for partene i forføyningssaken. Særlig gjelder dette i den rådende geopolitiske situasjonen. Det er ikke riktig at det er ERG som ankemotpart alene skal forsvare disse interessene. Også staten skulle her ha vært motpart, slik tvisteloven § 1-5 krever i saker som denne, som er utpreget offentligrettslig.

Miljøorganisasjonene hevder selv i anken at denne saken gjelder et vedtak som "rammer grunnleggende samfunns- og miljøverninteresser", jf. anken på s. 14. Det bemerkes for øvrig at denne saken heller ikke har det samme hastepreget som i LE-2005-158699 som skulle tilsi en videre adgang til å ta ut søksmål kun mot ERG som privat part. Det vises til at deponeringen hadde pågått tilnærmet ett år før Miljøorganisasjonene tok ut begjæringen.

Gjennomgangen over illustrerer at saken gjelder et offentligrettslig forhold og at de offentlige interessene er dominerende i saken. Dersom staten ikke er part i en sak som dette, vil det kunne medføre at saken blir dårligere opplyst. Dette vil igjen øke risikoen for materielt uriktige avgjørelser. Det er også urimelig at ERG som privat part må forsvare forvaltningens vedtak og sørge for nødvendig opplysning av offentligrettslige forhold. I denne saken gjelder dette bl.a. spørsmålet om vedtakets gyldighet, virkningene av en dom på ugyldighet, omfanget av statens forpliktelser etter vanndirektivet (hvor ERG ikke er pliktsubjekt) mv.

Foranlediget av Miljøorganisasjonenes anførsler, understrekes det at tvisteloven § 1-5 er en absolutt prosessforutsetning som ikke kan settes til side ut fra en betraktning om at det offentlige har adgang til å opptre som partshjelper, og om det offentlige rent faktisk velger å gjøre det i den enkelte sak. Hensynet til sakens opplysning og den private part gjelder uavhengig av det offentliges prioriteringer, og sikres ved at tvisteloven § 1-5 anvendes slik loven foreskriver. Nemlig ved at staten saksøkes når den reelle tvistegjenstanden knytter seg til gyldigheten av et offentlig vedtak som det offentlige er nærmest å belyse og forsvare. Også prevensjonshensynet tilsier det samme, idet plasseringen av ansvaret hos staten kan ha en preventiv funksjon. En partshjelper kan for øvrig ikke nedlegge påstand eller opptre i strid med partenes prosesshandlinger etter tvisteloven § 15-7 tredje ledd, hvilket bekrefter betenkelighetene med at staten ikke opptrer som formell part i en sak hvor lokale, regionale og nasjonale interesser står på spill.

Det fremgår av Miljøorganisasjonenes prosesskriv på s. 5 at:

"ERG har ikke vist til noen eksempler på at en begjæring om midlertidig forføyning har blitt avvist fordi den ikke var rettet mot både staten og den private parten. ERG har heller ikke forklart hvordan en eventuell begjæring om midlertidig forføyning mot staten skulle ha vært formulert. Det er ERG som er i ferd med å forringe Førdefjordens økologiske tilstand, og begjæringen må derfor rettes mot ERG."

At ERG ikke har vist til eksempler på lignende saker, skyldes at det er første gang miljøorganisasjoner ber om at domstolen stanser en igangværende drift av et anlegg som har fått lov til å utvinne naturressurser:

Bilag 1: NRK. no, "Historisk rettssak: Krever umiddelbar stans av gruveavfall i fjorden" 13. oktober 2025

Det finnes derfor ikke tilsvarende saker som kan gi veiledning for rettens vurdering på dette punkt. Slik ERG ser det, kunne begjæringen vært rettet mot staten med krav om at staten plikter å stanse ERGs deponering frem til det foreligger endelig dom om gyldigheten av utslippstillatelsen, eventuelt som et krav om at forvaltningen plikter å behandle kravet om stans. Når det gjelder det siste, vises det til at Naturvernforbundet ba Klima- og miljødepartementet om å trekke ERGs tillatelser tilbake kun tre dager etter Borgarting lagmannsrett avsa dom i saken mot staten. Naturvernforbundet viste bl.a. til lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3.

Bilag 2: E-post 15. august 2025 fra Naturvernforbundet v/Truls Gulowsen til Klima- og Miljødepartementet v/Kristoffer André Hansen

ERG vet ikke hvorfor Miljøorganisasjonene unnlot å forfølge dette overfor staten, og i stedet valgte å begjære midlertidig forføyning kun mot ERG.

Oppsummert må staten være part i saken fordi hovedkravet og påstanden om stans er så nært knyttet til ugyldighetsspørsmålet at det ikke er naturlig å betrakte det som et prejudisielt forhold, hvor staten ikke må være part. I tillegg er de øvrige spørsmålene saken reiser av en utpreget offentligrettslig karakter og det er offentlige interesser som er dominerende i saken. Siden staten ikke er part, må søksmålet avvises.

Foranlediget av anførselene i punkt 4 bemerkes det også at verken Århuskonvensjonen eller EØS-retten tilsier et annet resultat – Miljøorganisasjonene har fremdeles adgang til å begjære midlertidig forføyning mot staten og ERG, men ikke mot ERG alene. Århuskonvensjonen er her et blindspor.

3 LAGMANNSRETTE KAN UANSETT IKKE AVSI REALITETSAVGJØRELSE I SAKEN

Slik redegjort for i anketilsvaret punkt 1, ber Miljøorganisasjonene ikke bare lagmannsretten om å prejudisielt ta stilling til Utslippstillatelsens gyldighet, men også om å treffe en realitetsavgjørelse i en hypotetisk fremtidig forvaltningssak. Årsaken til at saken er hypotetisk er at gyldighetsspørsmålet ikke er rettskraftig avgjort og dersom staten frifinnes, vil forvaltningssaken være avsluttet gjennom den frifinnende dommen. Dersom staten skulle tape vil den måtte foreta en fornyet vurdering av Utslippstillatelsen, jf. Rt-1998-623 og Rt-2015-641.

Utgangspunktet er at domstolene ved prøvingen av gyldigheten av et forvaltningsvedtak ikke kan avsi dom på realiteten med mindre det foreligger særlig hjemmel for noe annet. Den grunnleggende avgjørelsen er Rt-2001-995, hvor Høyesterett bl.a. uttalte at den klare hovedregelen er at "domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til legalitetskontroll" og at "dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel."

Tvisteloven viderefører gjeldende rett på dette punkt. Det vises til NOU 2001:32, bind A, s. 195, hvor det uttales at gjeldende rett er at domstolene som hovedregel ikke har adgang til å avsi dom på realiteten, og at en slik påstand ikke vil "kunne tas til følge". Dette er også lagt til grunn i Ot.prp.

nr. 51 (2004-2005) på s. 146. Videre vises det til Skoghøy, Tvisteløsning (2022) på s. 387-390 med videre henvisninger.

I NOU 2001:32, Bind A, punkt 5.4.5.4 uttales det at:

“En ugyldighetsdom mot det offentlige vil ikke ha rettskraftvirkning overfor den begunstigete part. Selv om saksøkeren får medhold fullt ut, vil det ikke innebære noe mer enn at det offentlige får plikt til å vurdere omgjøring. I denne vurderingen vil det være et meget tungtveiende argument om det foreligger en begunstiget part som har innrettet seg etter vedtaket. Det samme gjelder langt på vei selv om domstolen skulle komme til at vedtaket lider av så grove kompetansemangler at det må betraktes som en nullitet. Heller ikke en slik dom vil ha rettskraftvirkning i forhold til den begunstigete part. På mange måter vil derfor den frihet saksøkeren er gitt til å velge om han vil saksøke bare det offentlige eller også den begunstigete part lede til at det er stor usikkerhet om dommens virkninger. Man kan si det slik at forvaltningen – dersom vedtaket kjennes ugyldig – sitter igjen med betydelig grad av frihet til å avgjøre hva som blir det endelige utfall av saken. “

Dette er fulgt opp i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), se særlig punkt 11.7.5.3.

Slik redegjort for i anketilsvaret og punkt 2.3. over, er begjæringen begrunnet med at Utslippstillatelsen er ugyldig og at staten angivelig ikke har oppfylt sin EØS-rettslige plikt til å trekke Utslippstillatelsen tilbake. Virkningen av ugyldighet kan imidlertid ikke avklares før etter at rettskraftig dom foreligger. Hvis lagmannsretten tar begjæringen til følge, opptrer retten i realiteten som et forvaltningsorgan og treffer en realitetsavgjørelse i forvaltningssaken før det er avklart om Utslippstillatelsen er gyldig, og før forvaltningen har vurdert eventuelle virkninger av ugyldighet. Det er det ikke adgang til.

Ettersom forføyningskravet innebærer at lagmannsretten må avsi dom på realiteten må ERG frifinnes. Med andre ord kan ikke påstanden tas til følge, jf. NOU 2001:32, Bind A, s. 195 og Skoghøy, Tvisteløsning (2022) på s. 390.

Alternativt utgjør dette et selvstendig grunnlag for å avvise saken, sml. Rt-2001-995. Det vises til at et krav om dom på realiteten ikke utgjør et "rettskrav" etter tvisteloven § 1-3, se Schei mfl., Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 2.3, Juridika, bekreftet à jour per 1. mars 2025, hvor det fremgår at:

"Skal et vedtak kunne angripes ved et ugyldighetssøksmål, må det faktisk være truffet et vedtak. Dersom forvaltningen har unnlatt å behandle et krav, kan det gi grunnlag for et søksmål om plikt for forvaltningen til å behandle kravet, men ikke for et krav om at domstolene skal gi realitetsdom for kravet. Det følger av sikker praksis at domstolene ikke, uten at det er særlig hjemlet, har kompetanse til å tre i forvaltningens sted og fastsette innholdet i det som forvaltningen skulle avgjort, se bl.a. Rt 2012 488 og Rt 2012 1985 avsnitt 65. Et krav på slik realitetsdom må avvises."

Uavhengig av om lagmannsretten finner det riktig å frifinne ERG eller å avvise saken på dette grunnlaget, er det sentrale at domstolen ikke kan tre inn i forvaltningens sted og treffe en realitetsavgjørelse i saken.

Oslo 26. januar 2026

KVALE ADVOKATFIRMA DA

Thomas S. Farhang

Advokat