



GULATING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 15.04.2026

Saksnr.: 26-002932ASK-GULA/AVD1

Dommere:

Lagdommer	Arild Oma
Lagdommer	Rune Voll
Ekstraordinær lagdommer	Wiggo Storhaug Larssen

I	Anke		
	Ankende part	Natur og Ungdom	Advokat Amund Noss
	Ankende part	Norges	Advokat Asle Bjelland
		Naturvernforbund	
	Ankemotpart	Engebø Rutile and Garnet AS	Advokat Thomas Sassan Farhang Advokat Christian Østerdahl Poulsson Advokat Marie Agerup Kildahl
	Partshjelper (§15-7)	Staten v/ Klima- og Miljødepartementet	Regjeringsadvokaten v/ Advokat Karen Mellingen
	Partshjelper (§15-7)	Staten v/ Nærings- og Fiskeridepartementet	Regjeringsadvokaten v/ Advokat Karen Mellingen
II	Anke		
	Ankende part	Engebø Rutile and Garnet AS	Advokat Thomas Sassan Farhang Advokat Christian Østerdahl Poulsson Advokat Marie Agerup Kildahl
	Ankemotpart	Natur og Ungdom	Advokat Amund Noss
	Ankemotpart	Norges	Advokat Asle Bjelland
		Naturvernforbund	

Saken gjelder krav om midlertidig forføyning for å hindre deponering av gruveavfall i Førdefjorden.

1. Sakens bakgrunn

1.1. Sakens parter

Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom (heretter også miljøorganisasjonene eller de ankende parter) er ideelle organisasjoner som arbeider for vern av natur, klima og miljø.

Engebø Rutile and Garnet AS (heretter ERG) er et heleid datterselskap av det børsnoterte selskapet Nordic Mining ASA. Selskapet driver gruvedrift med mineralutvinning fra Engebøfjellet i Sunnfjord kommune.

1.2. Oversikt og historikk; Engebø-forekomsten, Nordic Mining/ERGs søknader etter forurensningsloven og mineralloven, og forvaltningens saksbehandling

Engebøfjellet inneholder en betydelig forekomst av bergarten eklogitt. Eklogitt inneholder flere mineraler, blant annet rutil og granat. Rutil er et mineral som består av titandioksid og brukes blant annet til fremstilling av fargepigment og titanmetall. Granat er et industrimineral og brukes blant annet til sandblåsing, pussemidler, vannjetskjæring og vannfiltrering.

Forekomsten i Engebøfjellet ble oppdaget på 1970-tallet. Dette ledet til videre undersøkelser og kartlegging av rutil- og granatressursene. Oljeselskapet Conoco fikk utvinningsrett (utmål) til forekomsten i 1997.

Nordic Mining ASA ble stiftet i februar 2006. Selskapet har som formål å lete etter mineraler og malm, gruvevirksomhet, teknologiutvikling og virksomhet i forbindelse med dette. Datterselskapet Engebø Rutile and Garnet AS (tidligere Nordic Rutile AS) ble stiftet samme år. I det følgende omtales selskapene som Nordic Mining når det ikke er grunn til å skille mellom mor- og datterselskap.

I 2006 kjøpte Nordic Mining bergrettighetene til Engebøfjellet med tilhørende prosjektarbeid, analyser og kjerneprøver fra Conoco. Nordic Mining gikk i gang med utvikling av prosjektet frem mot selskapets mål om å etablere rutilutvinning fra Engebøfjellet.

I 2007 fremla Nordic Mining forslag til planprogram for Naustdal og Askvoll kommuner. Kommunene vedtok planprogrammet samme år. Det ble deretter utarbeidet reguleringsplan med konsekvensutredning. I 2011 vedtok Naustdal og Askvoll kommuner reguleringsplan for utvinning av rutil i Engebøfjellet. Reguleringsplanen ble stadfestet av Kommunal- og

moderniseringsdepartementet i 2015. For helhetens skyld nevnes at som ledd i kommunereformen ble Naustdal kommune innlemmet i nye Sunnfjord kommune fra 1. januar 2020. Askvoll bestod som egen kommune.

Nordic Mining søkte i august 2008 om utslippstillatelse for gruve og oppredningsverk etter forurensningsloven § 11. Søknaden omhandlet uttak og videre prosessering av eklogittmalm fra Engebøfjellet og deponering av avgangsmasser. I søknaden var det lagt til grunn en foreløpig driftsperiode på 39 år. Det var lagt opp til deponering av grovsprengt gråberg i et eget deponi på land. Deponeringen av avgangsmasser var i hovedsak planlagt i ytre del av Førdefjorden.

Førdefjorden er i underkant av fire mil lang, og kan deles i Indre, Midtre og Ytre Førdefjord. Engebøfjellet ligger på nordsiden av Ytre Førdefjord. Denne delen av fjorden består av to dype og forholdsvis flatbunnede basseng adskilt av en havbunnsterskel på 300 meters dyp. Indre og Midtre del av Førdefjorden fikk i 2007 status som nasjonal laksefjord som ledd i beskyttelsen av laksen i elven Nausta. Deponiområdet ligger utenfor den delen av fjorden som er nasjonal laksefjord.

Klima- og miljødepartementet ga i vedtak 5. juni 2015 tillatelse etter forurensningsloven til gruvedrift i Engebøfjellet, herunder tillatelse til deponering av gruveavgang i Førdefjorden (heretter utslippstillatelsen). I vedtaket ble det stilt en rekke vilkår for å begrense miljøulempene. De ankende parter med flere påklaget vedtaket. Ved Kongelig resolusjon 19. februar 2016 ble klagen ikke tatt til følge.

I februar 2019 søkte Nordic Mining Direktoratet for mineralforvaltning om driftskonsesjon etter mineralloven. Direktoratet utstedte driftskonsesjon 17. juni 2020. Etter klage fra blant annet de ankende parter, fattet Nærings- og fiskeridepartementet vedtak 6. mai 2022 hvor klagen ikke ble tatt til følge.

Etter søknad fra Nordic Mining om endring av kjemikaliebruk i den gjeldende utslippstillatelsen, traff Miljødirektoratet 18. januar 2021 vedtak om revidert utslippstillatelse. De ankende parter og flere andre miljøorganisasjoner påklaget vedtaket. Klima- og miljødepartementet tok ikke klagen til følge og stadfestet 23. november 2021 direktoratets vedtak.

Den 26. mars 2023 sendte Nordic Mining sin avfallshåndteringsplan til godkjenning hos Miljødirektoratet. I vedtak 23. juni 2023 godkjente Miljødirektoratet avfallshåndteringsplanen og gjorde enkelte endringer i tillatelsen til forurensende virksomhet.

Høsten 2024 var byggarbeidene og installasjonene i gruveanlegget på Engebø i hovedsak ferdigstilt, og ERG startet opp med gruvedriften i oktober samme år.

Etter at EFTA-domstolen 5. mars 2025 ga sin rådgivende uttalelse (benevnt dom) til Borgarting lagmannsrett i gyldighetssaken (se punkt 1.3 nedenfor), ble det i Kongelig resolusjon 23. mai 2025 gjort en vurdering av om utslippstillatelsen etter forurensningsloven § 11 skulle omgjøres. Konklusjonen i resolusjonen var at tillatelsen var gyldig og at det ikke var grunnlag for omgjøring.

1.3. Sakens foranledning – gyldighetssaken

Miljøorganisasjonene tok i november 2022 ut søksmål for Oslo tingrett mot staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet med krav om at følgende vedtak som referert til ovenfor i punkt 1.2 skulle kjennes ugyldige;

- Kongelig resolusjon 19. februar 2016 som ikke tok til følge klage mot Klima- og miljødepartementets tillatelse 5. juni 2015 etter forurensningsloven (utslippstillatelsen),
- Klima- og miljødepartementets stadfestelse 23. november 2021 av Miljødirektoratets vedtak 18. januar 2021 om revidert utslippstillatelse, og
- Nærings- og fiskeridepartementets stadfestelse 6. mai 2022 av Direktoratet for mineralforvaltnings vedtak om driftskonsesjon 17. juni 2020.

Senere ble også Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023 om godkjenning av avfallshåndteringsplan og endringer i utslippstillatelsen trukket inn i saken.

Miljøorganisasjonene gjorde gjeldende flere alternative påstandsgrunnlag. Vedtakene ble blant annet anført å være i strid med vannforskriften og vanndirektivet. Det ble i tillegg anført at spørsmålet om alternative driftsformer uten sjødeponi var mangelfullt utredet, at det var lagt til grunn uforsvarlige prognoser om miljøkonsekvensene av sjødeponiet, og at mineralforskriftens krav til avfallshåndteringsplan ikke var overholdt.

Oslo tingrett avsa 10. januar 2024 dom hvor staten ble frifunnet.

Miljøorganisasjonene anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Det ble gjort gjeldende at de fire vedtakene var i strid med vannforskriften og vanndirektivet. De øvrige anførselene ble ikke opprettholdt.

Borgarting lagmannsrett besluttet under saksforberedelsen å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen vedrørende sakens EØS-rettslige sider. EFTA-domstolen avsa 5. mars 2025 rådgivende uttalelse (benevnt dom) om tolkningen av vanndirektivet (sak E-13/24).

Borgarting lagmannsrett avsa 12. august 2025 dom (LB-2024-36660) hvor samtlige vedtak ble kjent ugyldige.

Staten har anket dommen til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 1. desember 2025 å fremme anken til behandling i Høyesterett. Ankeforhandling er berammet fra 27. april til 5. mai 2026.

Søksmålet som det her er redegjort for, omtales i det følgende som gyldighetssaken.

1.4. Prosesshistorikk i forføyningssaken

Miljøorganisasjonene fremsatte 26. august 2025 krav om midlertidig forføyning for Sogn og Fjordane tingrett. Kravet var rettet mot ERG og gikk ut på at ERG skulle forbys å deponere gruveavfall i Førdefjorden. Kravet ble fremsatt i kjølvannet av Borgarting lagmannsretts dom 12. august 2025 i gyldighetssaken, samt en børsmelding fra Nordic Mining samme dag hvor det fremgikk at selskapet ikke var part i den saken og at gruvedriften ville fortsette som normalt.

ERG tok til motmæle i tilsvaret. Staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet begjærte partshjelp for ERG. Det ble holdt muntlig forhandling i tingretten fra 13. til 17. oktober 2025.

Sogn og Fjordane tingrett avsa 10. november 2025 kjennelse med slik slutning:

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom dømmes in solidum til å erstatte sakskostnadene til Engebø Rutile and Garnet AS med 2 500 000 – tomillionerfemhundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av kjennelsen.

Miljøorganisasjonene og ERG har inngitt anker til Gulating lagmannsrett.

Miljøorganisasjonene har anket tingrettens avgjørelse i sin helhet, mens ERG har inngitt en særskilt sakskostnadsanke.

I tilsvaret til miljøorganisasjonenes anke, la ERG prinsipalt ned påstand om at saken måtte avvises. Det ble vist til at saken gjelder offentligrettslige forhold og at staten derfor skulle vært gjort til part.

Av tidshensyn besluttet forberedende dommer i brev 13. januar 2026 at for det tilfellet at saken ikke ble avvist, skulle det avholdes muntlig forhandling i forføyningssaken, jf. tvisteloven § 29-15 andre ledd. Muntlig forhandling ble forårsberammet over fem dager med oppstart 23. februar 2026.

Gulating lagmannsrett avsa kjennelse 4. februar 2026 hvor ERGs krav om avvisning ikke ble tatt til følge.

I prosesskriv 9. februar 2026 erklærte staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet partshjelp for ERG, jf. tvisteloven § 32-2, jf. § 15-7 andre ledd første og andre punktum, jf. § 15-7 første ledd bokstav a. Miljøorganisasjonene bestred ikke partshjelpen, og lagmannsretten la til grunn at vilkårene for partshjelp var oppfylt, jf. tvisteloven § 15-7 andre ledd tredje punktum og HR-2013-265-U avsnitt 4.

ERG fremsatte 10. februar 2026 krav om stansing eller omberammelse av saken. Miljøorganisasjonene motsatte seg dette. Lagmannsretten avsa 13. februar 2026 kjennelse hvor kravet ikke ble tatt til følge.

Muntlig forhandling ble holdt i Gulating lagmannsretts lokaler i Bergen fra 23. til 27. februar 2026. Partene møtte med sine prosessfullmektiger. Representanter fra partshjelperen møtte med egen prosessfullmektig fra regjeringsadvokaten. Styreleder Finn Marum i ERG avga partsforklaring. Lagmannsretten hørte i tillegg tre vitner. Bevisførselen for øvrig fremgår av rettsboken.

2. Partenes og partshjelperens syn på saken

2.1. Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom har i hovedtrekk gjort gjeldende:

2.1.1. Hovedkravet

Hovedkravet er sannsynliggjort.

ERG har ikke rett til å deponere gruveavfall i Førdefjorden. Utslippstillatelsen må prejudisielt anses ugyldig. Den sentrale begrunnelsen for utslippstillatelsen ble gitt ved den kongelige resolusjonen i 2016. Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023 erstatter ikke denne utslippstillatelsen. Vedtaket gjelder kun godkjenning av ERGs avfallshåndteringsplan med noen tilhørende justeringer av vilkårene i utslippstillatelsen.

Situasjonen på vedtakstidspunktet må legges til grunn ved gyldighetsprøvingen. Domstolene skal ikke bygge på faktiske forhold som har oppstått etter vedtakstidspunktet, jf. HR-2012-2398-P.

Vannforskriften kommer til anvendelse. Vannressursens økologiske tilstand vil gå fra god til dårlig dersom det deponeres i henhold til tillatelsen. Det er ikke nødvendig å vurdere de konkrete miljøulempene mer inngående. ERGs benektelse av at det vil skje en forringelse, synes å bygge på et resonnement om at bare en brøkdel av tillatelsen vil bli utnyttet. Spørsmålet er imidlertid om forvaltningen hadde materiell kompetanse til å gi tillatelsen. Dette beror ikke på stadig nye prognoser om hvor stor del av tillatelsen som faktisk vil bli benyttet, men må vurderes under forutsetning av at hele tillatelsen vil kunne bli benyttet.

Unntaksvilkårene i vannforskriften § 12 er ikke oppfylt. Forvaltningen hadde dermed ikke kompetanse til å tillate forringelse av vannressursen. Vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b må tolkes i samsvar med vanddirektivet artikkel 4 nr. 7, og EFTA-domstolens tolkningsuttalelse skal legges til grunn. De hensynene som er vektlagt i tillatelsen utgjør ikke «overriding public interest», slik vanddirektivet krever.

Utslippstillatelsen er blant annet begrunnet i forventede inntekter til private og det offentlige. Dette kvalifiserer ikke som et tvingende allment hensyn, jf. EFTA-domstolens svar på spørsmål 2.

Tillatelsen er videre begrunnet i hensynet til sysselsetting og lokal bosetting. Dette kan bare kvalifisere som tvingende allmenne hensyn i helt spesielle tilfeller, jf. terskelen «betydelig fraflytting og sosial nød» som er lagt til grunn av EFTA-domstolen, jf. tolkningsuttalelsen avsnitt 45. Terskelen er ikke oppfylt i det aktuelle området i vår sak. Hensynene kvalifiserer derfor ikke som tvingende allmenne hensyn.

Hensynet til forsyningssikkerhet var ikke en del av begrunnelsen for utslippstillatelsen. Dette er et nytt hensyn som har kommet inn etter at det ble tatt ut søksmål i gyldighetsaken. Vanddirektivet og EU-domstolen oppstiller særlige krav til forvaltningens vurderinger og saksbehandling. De hensyn som begrunner tillatelsen skal være utredet og detaljert beskrevet før tillatelsen gis. Forsyningshensynet ble ikke utredet og detaljert beskrevet før utslippstillatelsen ble gitt. ERG og staten legger opp til at lagmannsretten i forføyningssaken skal saksbehandle forsyningshensynet som et forvaltningsorgan. Det er det ikke anledning til. Kravet om «overriding public interest» er uansett ikke oppfylt i denne saken.

Det er ikke adgang til å kumulere hensyn, jf. EFTA-domstolen avsnitt 37 hvor det fremgår at «det identifiserte tvingende allmenne hensynet» som begrunner endringene av en overflatevannforekomsts fysiske egenskaper, må veie tyngre enn målet om å forebygge forringelse. Når EFTA-domstolen i avsnitt 41 og 42 nevner «medvirkende faktorer», knytter dette seg til kvalifikasjonskravet til det aktuelle allmenne hensynet, ikke en regel om kumulasjon av hensyn uten noen kvalifikasjonsfaktor.

Innrettelseshensyn er ikke til hinder for å konstatere ugyldighet. Domstolene har en plikt til å reparere EØS-brudd, jf. lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3. Innrettelseshensyn er uten betydning i den EØS-rettslige reparasjonsplikten. Norsk forvaltningsrett kan og skal anvendes til å reparere bruddet på EØS-retten. Ved hjemmelsmangler, som i saken her, er den helt klare hovedregelen at mangelen leder til ugyldighet. Hovedregelen må i dette tilfellet anvendes for å reparere EØS-bruddet. Den snevre unntaksregelen som omtalt i Prop. 79 L (2024-2025) punkt 23.3.1, er ikke aktuell. Det er snakk om brudd på sentral miljølovgivning. Dersom det ikke konstateres ugyldighet, vil det innebære et fortsatt EØS-brudd. ERGs innrettelse er heller ikke beskyttelsesverdig. Selskapets investeringer er i

hovedsak gjort med kunnskap om at tillatelsen var påklaget, begjært omgjort eller bragt inn for domstolen. Staten har dessuten en adgang til å tilbakekalle utslippstillatelsen ettersom det har gått ti år siden den ble gitt, jf. forurensningsloven § 18 tredje ledd.

Utslippstillatelsen kan ikke ratihaberes. Den kongelige resolusjonen 23. mai 2025 eliminerer ikke bruddet på vannforskriften § 12 og EØS-bruddet. Beslutningen er i realiteten bare en etterfølgende formalisering av de nye hensynene som har blitt introdusert i løpet av rettsprosessen. Den oppfyller ikke kravene til en detaljert og spesifikk analyse av de tvingende allmenne hensyn i vannforskriften § 12.

En midlertidig forføyning vil ikke være i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) første tilleggsprotokoll artikkel 1 (P1-1). Grunnloven § 97 er ikke relevant i saken.

Virkingen av en dom for hovedkravet vil bli at ERG ikke har rett til å utnytte den ugyldige tillatelsen. Etter alminnelig norsk forvaltningsrett skaper ugyldige vedtak ikke rettigheter eller forpliktelser. Domstolene kan fastslå at tillatelser er ugyldige og uvirksomme. ERG vil ha plikt til å etterleve dette. Deponering av gruveavfall er forbudt uten utslippstillatelse, jf. forurensningsloven §§ 7 og 28. Det følger også av den EØS-rettslige reparasjonsplikten at domstolen i hovedsaken vil ha plikt til å avsi dom for at ERG ikke har rett til å deponere. En dom for hovedkravet vil ikke binde opp forvaltningens fremtidige myndighetsutøvelse.

2.1.2. Sikringsgrunn

Sikringsgrunn er sannsynliggjort.

Det foreligger sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a. ERGs adferd gjør det nødvendig å stanse deponeringen fordi «gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort». En forføyning vil ikke innebære en foregrepet oppfyllelse av hovedkravet. Ordlyden «[...] sikring av kravet» sikter til det underliggende kravet eller retten. I denne saken er det samfunnets underliggende rett på at forurensningsforbudet ikke krenkes, som skal sikres. ERG har uttrykkelig bekreftet at deponering av rundt 100 000 tonn per måned vil fortsette, også etter en dom i Høyesterett som forkaster statens anke. En slik deponering uten gyldig tillatelse er i strid med forurensningsforbudet i forurensningsloven. Deponeringen har irreversible konsekvenser. Det vil være praktisk umulig å fjerne det gruveavfallet som er deponert. Gjennomføringen av miljøorganisasjonenes og samfunnets krav på at forurensningsforbudet ikke krenkes, blir således vesentlig vanskeliggjort dersom ERG ikke pålegges å stanse deponeringen.

Det foreligger også sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b. Et midlertidig forbud mot deponering er nødvendig for å «avverge en vesentlig skade». Bestemmelsen gir anvisning på en sammensatt vurdering.

Det dreier seg om forurensning av et betydelig areal i en artsrik fjord med store naturverdier i en periode som sannsynligvis vil bli langvarig. Vurderingen kan ikke begrenses til et tidsperspektiv på seks til tolv måneder, slik tingretten har gjort. ERG har gjort det klart at selskapet vil fortsette å deponere gruveavfall selv om statens anke til Høyesterett forkastes. Det er også grunn til å frykte at staten vil påbegynne en ny saksbehandling uten å suspendere tillatelsen mens saksbehandlingen pågår. Det er ikke realistisk at en eventuell ny saksbehandling vil være ferdigstilt innenfor en tidsramme på godt under et år fra en dom i Høyesterett.

I den sammensatte vurderingen må føre-var-prinsippet anvendes, jf. blant annet vanndirektivets fortale punkt 11. Det foreligger usikkerhet både med hensyn til spredning av gruveavgang, skadens varighet, konsekvenser for arter i deponiområdet og påvirkning av økosystemet. Ved slik usikkerhet må det tas høyde for at ting kan utvikle seg annerledes enn man forventer.

Det må også legges stor vekt på at samfunnet vurderer det rettsgodet som skal sikres som så viktig at all forurensning uten tillatelse er forbudt og kan sanksjoneres med straff.

Vesentlighetskravet må tolkes og anvendes i lys av den EØS-rettslige reparasjonsplikten.

2.1.3. Forholdsmessighetsvurderingen og «kan»-skjønnnet

Det vil ikke være uforholdsmessig med en midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd. Saken gjelder brudd på det helt fundamentale forurensningsforbudet og forsøplingsforbudet i forurensningsloven, vanndirektivet og EØS-retten. Hensynet til ERGs innrettelse må av flere grunner tillegges liten vekt. Innrettelseshensyn har for det første liten vekt i den EØS-rettslige reparasjonsplikten. Videre har staten adgang til å tilbakekalle eller endre utslippstillatelsen ti år etter den ble gitt, jf. forurensningsloven § 18 tredje ledd. ERG har således ikke hatt en rettsbeskyttet forventning om en utslippstillatelse med lengre varighet. ERGs innrettelse er heller ikke beskyttelsesverdig, jf. punkt 2.1.1 ovenfor. Hensyn som ikke kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn, kan ikke begrunne uforholdsmessighet.

Lagmannsretten kan ikke unnlate å gi midlertidig forføyning etter en anvendelse av «kan»-skjønnnet. Når hovedkravet som her gjelder brudd på EØS-retten, har domstolen en plikt til å gi midlertidig forføyning når vilkårene ellers er oppfylt, jf. HR-2025-677-A.

2.1.4. Sakskostnader

Dersom ERG vinner saken, bør miljøorganisasjonene fritas for sakskostnadsansvar for tingretten og lagmannsretten. Dette kan bygge på en ordinær anvendelse av tvisteloven § 20-2 tredje ledd tolket i samsvar med Århuskonvensjonen artikkel 9, eller om nødvendig forankres i Århuskonvensjonen artikkel 9 og tvisteloven § 1-2. Århuskonvensjonen artikkel 9 nr. 3 gir «allmennheten», herunder miljøorganisasjoner, rett til tilgang til rettslige og administrative prosedyrer for å bestride brudd på miljølovgivningen. Rettighetene gjelder også når krav fremmes mot private parter. Konvensjonen artikkel 9 nr. 4 skal sikre at allmennheten har en reell mulighet til å benytte seg av rettighetene etter artikkel 9 nr. 3, og krever at saker for domstolene ikke skal være «uoverkommelig dyre».

Det er grunnlag for fullt fritak for begge instanser. Det er et legitimt og godt begrunnet søksmål for å fremme miljøinteresser. Videre reiser saken viktige prinsipielle spørsmål om nasjonale domstolers mulighet til å avhjelpe løpende brudd på EØS-avtalen. Dersom hovedkravet anses sannsynliggjort, er det desto større grunn til å få prøvd om de øvrige vilkårene for midlertidig forføyning er oppfylt. Søksmålet er ikke forhastet. Det bygger på avklaringer i EFTA-domstolen og Borgarting lagmannsrett.

Miljøorganisasjonenes sakskostnadsansvar må uansett reduseres kraftig for begge instanser. Det er tydelig fastslått av EU-domstolen at det må vurderes om kostnadene objektivt sett er urimelige. Det er ikke tilstrekkelig å foreta en vurdering «solely on the basis of the financial situation of the person concerned», jf. C-252/22 avsnitt 74. Det bør gis et tydelig signal om at det i Norge gjelder en objektiv øvre grense for hvor stort kostnadsansvaret kan bli. Dette er nødvendig for å oppfylle konvensjonens krav til forutsigbarhet. En slik øvre grense bør ligge lavere enn de nivåene som er ansett tvilsomme av Århuskomiteen og Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM). I praksis innebærer dette at sakskostnadene neppe vil kunne overstige 250 000 kroner per instans.

2.1.5. Påstand

Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom har lagt ned slik felles påstand:

Prinsipalt:

Engebø Rutile and Garnet AS pålegges å stanse deponering av gruveavfall i Førdefjorden. Pålegget inntreder fem virkedager etter at lagmannsrettens kjennelse er forkynt. Forføyningen opphører dersom Høyesteretts sak 25-164215SIV-HRET heves, eller dersom staten frifinnes. Forføyningen opphører også dersom Engebø Rutile and Garnet AS får ny utslippstillatelse og ny driftskonsesjon.

Subsidiært:

Engebø Rutile and Garnet AS pålegges å stanse deponering av gruveavfall i Førdefjorden. Pålegget inntreder fem virkedager etter at Høyesteretts dom i sak 25-164215SIV-HRET er

forkynt. Forføyningen opphører dersom Høyesteretts sak 25-164215SIV-HRET heves, eller dersom staten frifinnes. Forføyningen opphører også dersom Engebø Rutile and Garnet AS får ny utslippstillatelse og ny driftskonsesjon.

I begge tilfeller:

Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

2.2. Engebø Rutile and Garnet AS har i hovedtrekk gjort gjeldende:

2.2.1. Hovedkravet

Hovedkravet er ikke sannsynliggjort. Utslippstillatelsen er gyldig.

ERGs deponering forringer ikke vannforekomsten Ytre Førdefjorden. Vannforskriften § 12 kommer derfor ikke til anvendelse. En helhetlig vurdering hvor størrelsen på vannforekomsten inngår, er ikke i seg selv avgjørende. Det må foretas en kvalitativ og kvantitativ vurdering av den konkrete miljøpåvirkningen. Det er snakk om en midlertidig og lokal påvirkning på bunnfaunaen i deponiområdet. Vannforekomstens økosystem som helhet påvirkes ikke. Arealbeslaget er betydelig mindre enn opprinnelig lagt til grunn av forvaltningen. Deponeringen medfører ikke irreversible effekter på artsmangfoldet i vannforekomsten. Under enhver omstendighet forringes ikke vannforekomsten i løpet av seks til tolv måneder.

Utslippstillatelsen er uansett ikke i strid med vannforskriften og vanndirektivet. En eventuell forringelse er forankret i «overriding public interest». Domstolsprøvingen er ikke begrenset til det opprinnelige vedtaket fra 2016. Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023 er den siste og gjeldende utslippstillatelsen. Utslippstillatelsen må også suppleres av kongelig resolusjon 23. mai 2025, som utgjør den siste realitetsvurderingen fra forvaltningens side. Forvaltningen har anledning til å supplere, og også rette, sine begrunnelser. EØS-retten er ikke til hinder for etterfølgende godkjennelse (ratihabisjon). Den fornyede vurderingen av vanndirektivets vilkår om «overriding public interest» i den kongelige resolusjonen, er i tråd med kriteriene oppstilt av EFTA-domstolen og de krav til utredning og begrunnelse som kan utledes av forvaltningsloven § 17 og EU-/EØS-retten.

Ved vurderingen av om det foreligger «overriding public interest» må det foretas en avveining av tapt miljøkvalitet holdt opp mot de allmenne hensyn som begrunner tiltaket. Det er adgang til å kumulere hensyn. Det er opp til nasjonale myndigheter å foreta den konkrete avveiningen og staten har en skjønnsmargin, jf. EFTA-domstolens tolkningsuttalelse avsnitt 31 og 36. I denne saken er det konkrete tapet av miljøkvalitet begrenset og langt mindre enn det som opprinnelig ble lagt til grunn i den første utslippstillatelsen. Utslippstillatelsen er begrunnet i hensynet til forsyningssikkerhet,

supplert av hensyn til sysselsetting og tilflytting/bosetting. Dette er hensyn som lovlig kan vektlegges. Hensynene oppveier kjent og avgrenset virkning for økologisk tilstand.

ERG kan under enhver omstendighet lovlig utøve sine rettigheter etter utslippstillatelsen frem til den eventuelt trekkes tilbake av forvaltningen. Konsekvensen av en eventuell ugyldighet vil i dette tilfellet være at forvaltningen plikter å ta stilling til spørsmålet om utslippstillatelse på nytt. Domstolens rolle er å prøve forvaltningens myndighetsutøvelse, ikke selv utøve myndigheten. Utslippstillatelsen gjelder inntil forvaltningen eventuelt omgjør den eller trekker den tilbake. EØS-retten medfører ikke en annen løsning. Den tillater forvaltningen å utøve sin myndighet.

Videre er ERGs innrettelse, som er vernet etter norsk rett, EØS-retten og EMK P1-1, uansett til hinder for ugyldighet og eventuelle ugyldighetsvirkninger.

Dersom lagmannsretten skulle mene å ha kompetanse til å håndheve vanddirektivet ved å treffe en ny realitetsavgjørelse i saken, er det åpenbart at det ikke er snakk om noen forringelse av vannforekomsten på lang tid enda. Skulle lagmannsretten mot formodning konkludere med at vannforekomsten er forringet, må den ta stilling til de øvrige spørsmålene som ellers tilligger forvaltningen å ta stilling til, herunder om en utslippstillatelse kan begrunnes i «overriding public interest», om slike interesser i så fall oppveier en forringelse, og hvis ikke, om utslippstillatelsen likevel skal opprettholdes som følge av ERGs innrettelse. En realitetsvurdering av disse spørsmålene vil uansett lede til at deponeringen er lovlig til tross for eventuelle gyldighetsmangler.

2.2.2. Sikringsgrunn

Miljøorganisasjonene har ikke sannsynliggjort at det foreligger sikringsgrunn.

Kravet til sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a er ikke oppfylt. Fortsatt deponering medfører ikke at et eventuelt senere forbud mot deponering blir «vesentlig vanskeliggjort». Det vil være fullt mulig å stanse deponeringen dersom/når et forbud mot deponering måtte foreligge. De tilfeller miljøorganisasjonene trekker frem som eksempler gjelder enten irreversible handlinger som medfører at det blir for sent å gjennomføre hovedkravet når dette blir fastslått eller løpende krenkelse av underliggende rettigheter. Verken miljøet eller miljøorganisasjonene anses direkte tilgodesett som rettighetshavere etter miljørettslige regler. Krav om midlertidig stans vil innebære en foregrepet oppfyllelse av hovedkravet, som det ikke er adgang til etter reglene om midlertidig forføyning.

Kravet til sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b er heller ikke oppfylt. Det er ikke sannsynliggjort at deponering av restmineraler i Førdefjorden vil medføre en «vesentlig» miljøskade. Vurderingen må foretas ut fra forholdene på

avgjørelsestidspunktet. Det er kun en eventuell «mer-skade» frem til en endelig avgjørelse av hovedkravet som er relevant. Det er nå snakk om et kortere tidsperspektiv enn da tingretten behandlet saken. Forutsatt dom for ugyldighet i Høyesterett, antar staten at en ny vurdering av tillatelsen vil kunne gjøres relativt raskt. Forvaltningens vurderinger gir ikke grunnlag for å konstatere vesentlig skade. De fysiske endringene i bunnforholdene og påvirkningen av bunnfaunaen er ingen vesentlig skade. Det er ikke noe som tilsier en annen vurdering av miljøkonsekvensene i dag. Deponeringen har pågått i over ett år. Arealbeslaget har allerede funnet sted og fortsatt deponering i de nærmeste ca. seks månedene vil ha begrenset effekt.

Forvaltningen vurderte føre-var-prinsippet i forbindelse med at utslippstillatelsen ble gitt. Forvaltningens prognoser er forsvarlige. Føre-var-prinsippet medfører uansett ingen lavere terskel for sikringsgrunn eller endring i det alminnelige beviskravet.

Påstått lov- og/eller traktatbrudd utgjør ingen sikringsgrunn. Regelbrudd er ikke i seg selv noen skade eller ulempe. Det er de faktiske konsekvensene av regelbruddet som eventuelt må begrunne sikringsgrunn.

2.2.3. Forholdsmessighetsvurderingen

En midlertidig forføyning vil være uforholdsmessig, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd. De negative virkningene av en stans står i åpenbart misforhold til de begrensede virkningene av å stanse deponeringen i ca. seks måneder. ERGs innrettelse er klart beskyttelsesverdig. EU-/EØS-retten er ikke til hinder for å vektlegge dette hensynet i samsvar med norsk rett. Selv en midlertidig stans er en reell trussel mot ERGs gruveprosjekt. En stans vil ramme ansatte, leverandører, kunder og investorer, samt ha store negative konsekvenser for offentlige interesser. Det må også ses hen til den geopolitiske situasjonen vi er i.

2.2.4. Sakskostnader

Tingrettens sakskostnadsavgjørelse må oppheves. Avgjørelsen oppfyller ikke kravene til begrunnelse. Det er ikke mulig å vurdere om avgjørelsen bygger på korrekt rettsanvendelse. Resultatet tyder på en uriktig rettsanvendelse.

Det er uansett ikke grunnlag for lemping av sakskostnadsansvaret verken for tingretten eller lagmannsretten. Århuskonvensjonen er ikke til hinder for domstolenes mulighet til å idømme «rimelige saksomkostninger i rettssaker», jf. artikkel 3 nr. 8. Tvistelovens lempingsregler gir rom for praksis forenlig med konvensjonen.

Det er ingen tungtveiende grunner som gjør det rimelig å lempe miljøorganisasjonenes sakskostnadsansvar, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Forføyningssaken kan ikke begrunnes med at miljøorganisasjonene ikke er kommet til orde eller blitt hørt underveis. Den kan heller ikke begrunnes i hensynet til domstolskontroll for den svake part eller behov for rettsavklaring. Det er kun hovedkravet som reiser prinsipielle spørsmål. Dette avklares av Høyesterett om få måneder. Saken kan videre ikke begrunnes av hensyn til miljøet. Miljøorganisasjonenes innsigelser er allerede gjort gjeldende overfor forvaltningen og Oslo tingrett. Samlet sett har miljøorganisasjonene ikke hatt god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget.

Ulikt styrkeforhold er ikke i seg selv nok til lemping. ERG er uansett en privat part. Det er langt mer følbart med lemping for en privat saksøkt enn for staten som saksøkt.

Saken har vært omfattende, tid- og kostnadskrevende. Miljøorganisasjonene har gjennomgående hatt en kostnadsdrivende tilnærming. ERG er ikke trukket inn i søksmålet mot staten. Krav om ugyldighet og forføyning kunne vært undergitt felles behandling. Forføyningssaken har dessuten vært bredt anlagt både for tingretten og lagmannsretten.

ERGs kostnadskrav er forutberegnelig, rimelig og nødvendig. ERG har ikke kunnet profittere på tidligere arbeid fra gyldighetsaken. Tid- og kostnadsbruken har vært nødvendig for å motbevise miljøorganisasjonenes påstander. ERG kan ikke bebreides at det kom til sak. Forføyningsskravet er primært begrunnet med påstått brudd på reparasjonsplikten fra statens side.

Det er ikke grunnlag for å lempe sakskostnadsansvaret som følge av Århuskonvensjonen uavhengig av den konkrete saken. Det må ses hen til sakskostnadsreglenes prosessøkonomiske side. Dette innebærer et insentiv for å konsentrere saken og bidrar til å hindre ugrunnede søksmål. Kostnadsnivået i denne konkrete saken er påregnelig og ikke avskrekkende.

Lagmannsretten kan ikke etablere en generell objektiv øvre grense på 250 000 kroner for sakskostnadskrav i miljø saker. Det er i så fall en lovgiveroppgave.

Det er ikke holdepunkter for at miljøorganisasjonene er ute av stand til å tåle sakskostnadsansvaret, jf. den subjektive vurderingen etter Århuskonvensjonen.

2.2.5. Påstand

Engebø Rutile and Garnet AS har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.

2. Naturvernforbundet og Natur og Ungdom dømmes – én for begge og begge for én – til å erstatte sakskostnadene til Engebø Rutilite and Garnet AS for tingretten og for lagmannsretten.

2.3. Partshjelper staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet har i hovedtrekk gjort gjeldende:

2.3.1. Hovedkravet

Hovedkravet er ikke sannsynliggjort. Tillatelsen er gyldig.

Ved vurderingen av om det foreligger «overriding public interest» er det krav om avveining av allmenne hensyn og miljøhensyn. Det er ikke krav om kvalifisert interesseovervekt. Det er adgang til å kumulere flere hensyn i den samlede interesseavveiningen. Økonomiske hensyn er ikke per definisjon ulovlig, men «må [...] per definisjon tjene allmennhetens interesser og ikke bare private interesser», jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 41. Borgarting lagmannsrett oppstiller en inngangsterskel som det ikke er grunnlag for. EFTA-domstolen åpner videre for at hensynet til forsyning av råstoff kan utgjøre et tvingende allment hensyn, men det er uklart hva som kreves med hensyn til konkretisering, jf. avsnitt 46 til 48. EFTA-domstolen og Borgarting lagmannsrett har ikke forstått hva som er relevante tiltak for å styrke verdikjeder. Critical Raw Materials Act (CRMA) oppstiller ikke tilsvarende krav til konkretisering av tvingende allmenne hensyn.

I den konkrete vurderingen er det ikke grunnlag for å se bort fra forvaltningens vurdering av hensynet til mineraltilgang. Forsyningshensyn var fremme i forvaltningens begrunnelser i 2015 og 2016, samt i 2023 og 2025. Norsk rett tillater uansett at det suppleres med hensyn som har vært vurdert i prosessen, men ikke trukket frem i begrunnelsen. Forsyningshensyn var fremme i vurderingene i årene fra 2012 til 2016. I EFTA-domstolens tolkningsuttalelse stilles det krav om analyse «før» det konkluderes, jf. avsnitt 34. Det er ikke krav om analyse før førstegangsbehandling.

Det er ikke grunnlag for å sette avveiningen i vedtakene og den kongelige resolusjonen fra mai 2025 til side. Det er ikke holdepunkter for at Regjeringen har lagt til grunn at miljøvirkningene er mindre enn hva realiteten er. Det er heller ikke holdepunkter for at regjering og forvaltning har lagt til grunn at samfunnsnyttene ikke er reell. Prosjektets betydning både for forsyningssikkerhet og lokal/regional sysselsetting og bosetting er tilstrekkelig konkretisert.

Reparasjonsplikten ved brudd på EU-/EØS-rett innebærer at staten må gjøre alle nødvendige tiltak for å eliminere konsekvenser av brudd innenfor rammene av egen kompetanse. Staten har ingen plikt til å gå utover det den nasjonale rett tillater.

Ratihabisjon er én måte å reparere et brudd på EØS-retten. I vår sak har eventuelle feil blitt ratihabert ved vedtaket i 2023 og den kongelige resolusjonen i 2025.

Selv om lagmannsretten skulle mene at det foreligger feil som i utgangspunktet leder til ugyldighet, tilsier hensynet til innrettelse at tillatelsen ikke kjennes ugyldig. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen om at innholdsmangler leder til ugyldighet i særlige tilfeller, blant annet på grunn av tidsforløp og god tro, jf. Prop. 79 L (2024-2025) punkt 23.3.1. Det lange utviklingsløpet som er i et mineralprosjekt, tilsier at innrettelseshensyn har en særlig plass. Reparasjonsplikten tilsier ikke ubetinget ugyldighet uavhengig av innrettelsen.

Ugyldighetsvirkningen er uansett ikke at deponering blir ulovlig som sådan. Det er forutsatt i rettspraksis at ugyldighet kun betyr plikt for forvaltningen til å vurdere saken på nytt. Skillet mellom utøvende og dømmende virksomhet tilsier at ugyldighetsvirkningen er at forvaltningen først vurderer saken på nytt. Ugyldighet innebærer ikke at domstolene kan håndheve forbud. Vanddirektivets forringelsesforbud brytes uansett ikke med deponeringen i 2026. Forurensningsloven § 7 gir heller ikke forbud mot forurensning i tidsrommet hvor ugyldighet er omstridt eller forvaltningen vurderer virkningene av ugyldighet. Reparasjonsplikten etter EØS-avtalens lojalitetsprinsipp stiller ikke andre krav til ugyldighetsvirkning eller domstolskontroll. Rett til effektiv prøvning av EØS-retten ivaretas i gyldighetssaken.

2.3.2. Sikringsgrunn

Miljøorganisasjonene har ikke sannsynliggjort at det foreligger sikringsgrunn.

Kravet til sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a er ikke oppfylt. En midlertidig stans vil innebære en foregrepet oppfyllelse av hovedkravet. Det er det ikke adgang til etter reglene om midlertidig forføyning.

Kravet til sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b er heller ikke oppfylt. Miljøorganisasjonene har ikke sannsynliggjort at deponering frem til en eventuell ny tillatelse etter rettskraftig avgjørelse av gyldighetssaken, vil føre til «vesentlig» miljøskade. Det må legges til grunn et tidsperspektiv på seks til tolv måneder. Det må antas at en eventuell ny vurdering vil kunne gjøres relativt raskt. Til sammenligning er forventet saksbehandlingstid hos Miljødirektoratet for saker etter forurensningsloven mellom 6-9 måneder. Miljøpåvirkningen av deponering i et slikt tidsperspektiv vil være svært begrenset både kvantitativt og kvalitativt.

Brudd på forurensningsloven er ingen sikringsgrunn.

Miljøorganisasjonene kan heller ikke høres med at den EØS-rettslige reparasjonsplikten innebærer sikringsgrunn. Avgjørelsen i HR-2025-677-A avklarer reparasjonspliktens

betydning for forføyningsvilkårene. Det er kun ved «kan»-skjønnnet at EØS-retten får betydning.

2.3.3. Forholdsmessighetsvurderingen

En midlertidig forføyning vil være åpenbart uforholdsmessig, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd. Miljøpåvirkningen av deponering de neste seks, tolv og tjuefire månedene vil være svært begrenset, jf. punkt 2.3.2 ovenfor. Dette må veies mot de dramatiske konsekvensene en forføyning vil ha for de ansatte og selskapet, samt at samfunnsinteressene i denne saken avhenger av selskapets videre skjebne.

EØS-retten legger ingen begrensninger på forholdsmessighetsvurderingen, jf. HR-2025-677-A avsnitt 58-59.

2.3.4. Sakskostnader og påstand

Staten har ikke krevd sakskostnader eller lagt ned egen påstand.

3. Lagmannsrettens vurdering

3.1. Rettslige utgangspunkter

3.1.1. Grunnvilkår for midlertidig forføyning

Den som har et krav som går ut på annet enn betaling av penger, kan begjære midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34 dersom det foreligger en sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 32-1 tredje ledd. Midlertidig forføyning «kan» besluttes dersom både kravet det begjæres forføyning for (heretter hovedkravet) og sikringsgrunnen er sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum, jf. § 34-1 første ledd. Midlertidig forføyning kan likevel ikke besluttes dersom skaden eller ulempen forføyningen fører til for motparten, står i åpenbart misforhold til interessen som begjærende part har i å få forføyningen, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd.

Det er den parten som fremmer krav om midlertidig forføyning som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Lagmannsretten kommer tilbake til det nærmere innholdet i de ulike vilkårene ved vurderingene nedenfor av om vilkårene er oppfylt.

3.1.2. EØS-rettens betydning for krav om midlertidig forføyning

EØS-retten har ikke regler om nasjonal behandling av krav om midlertidig avgjørelse til sikring av krav som bygger på EØS-avtalen. I fravær av EØS-rettslige regler er utgangspunktet for medlemsstatene prosessuell autonomi, som innebærer at det er opp til statene selv å fastsette regler for håndheving av EØS-rettigheter. Prinsippet om prosessuell autonomi begrenses imidlertid av de EØS-rettslige prinsippene om ekvivalens og effektivitet, jf. HR-2005-713-A avsnitt 38. Prinsippene innebærer likebehandling av EØS-rett og nasjonal rett, og at det ikke må være uforholdsmessig vanskelig å håndheve EØS-retten.

EØS-avtalen artikkel 3 oppstiller et lojalitetsprinsipp. Lojalitetsprinsippet innebærer blant annet at «[a]vtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale», jf. bestemmelsens første ledd. EU-domstolen har presisert at lojalitetsprinsippet innebærer en reparasjonsplikt ved brudd på EU-/EØS-rett, jf. eksempelvis C-201/02 avsnitt 70. Dette er fulgt opp av EFTA-domstolen, jf. E-18/24 avsnitt 103. Reparasjonsplikten innebærer at statene «er [...] forpliktet til å treffe alle nødvendige tiltak innenfor sitt kompetanseområde for å reparere» bruddet, jf. E-18/24 avsnitt 103.

For krav om midlertidig forføyning klargjorde Høyesterett i HR-2025-677-A innholdet i «kan»-skjønet i tvisteloven § 34-1 første ledd når det blir konstatert eller sannsynliggjort brudd på EØS-retten. Høyesterett uttalte i avsnitt 44–46:

- (44) I saka her må likevel det spelerommet domstolane har etter «kan-skjønet» i § 34-1 fyrste ledd, avgrensast dersom det blir sannsynleggjort at EUs prosjektdirektiv er brote. EØS-avtala har ikkje reglar om nasjonal handsaming av krav om mellombelse åtgjerder til sikring av krav som byggjer på EØS-avtala. Men det EØS-rettslege effektivitetsprinsippet og det tilgrensande prinsippet om effektivt vern av EØS-rettar tilseier at det ikkje er rom for «kan-skjønet» dersom vilkåra for mellombels åtgjerd elles er oppfylte. [...].
- (45) Prinsippa inneber at det må vera praktisk mogleg å sikre slike krav gjennom mellombels åtgjerd. Dette er særleg viktig dersom det blir konstatert eller sannsynleggjort at utilstrekkelege konsekvensutgreiingar fører til irreversible miljøskader. Då vil staten ha plikt til å stoppe verknader av EØS-brota, til dømes ved å utsetja verknadene av gjorde vedtak, sjå EU-domstolens dom 25. juni 2020 i sak C-24/19 A med fleire avsnitt 83. Denne plikta ligg også til dei nasjonale domstolane, innanfor ramma av domstolanes kompetanse.
- (46) Konsekvensen må etter mi meining vera at «kan-skjønet» domstolane har etter tvistelova § 34-1 fyrste ledd, ikkje kan nyttast til å nekte ei mellombels åtgjerd dersom retten finn det sannsynleggjort at EUs prosjektdirektiv er brote, og vilkåra for ei mellombels åtgjerd elles er oppfylte. Då må domstolane bruke kompetansen sin til å vedta ei mellombels åtgjerd.

Innholdet i grunnvilkårene for midlertidig forføyning var ikke tema. I forlengelsen av konklusjonen om at lagmannsrettens kjennelse måtte oppheves, uttalte Høyesterett likevel i avsnitt 58–60:

- (58) Ved den nye handsaminga av kravet om mellombels åtgjerd må lagmannsretten ta stilling til om grunnvilkåra – hovudkrav, sikringsgrunn og proporsjonalitet – er oppfylte. Dersom eitt eller fleire av vilkåra ikkje er oppfylte, kan mellombels åtgjerd ikkje vedtakast.
- (59) Mishøvevurderinga etter tvistelova § 34-1 andre ledd er konkret og kan ikkje byggje på at domstolane har avgrensa kompetanse. Andre ledd legg denne vurderinga til domstolane.
- (60) Dersom det blir sannsynleggjort at EUs prosjektdirektiv er brote og vilkåra elles er oppfylte, må den kompetansen «kan-skjønet» i § 34-1 fyrste ledd gjev domstolane, i denne saka nyttast til å vedta ei mellombels åtgjerd.

Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til betydningen av EØS-retten der det er aktuelt.

3.2. Hovedkravet

3.2.1. Innledende utgangspunkter

Formålet med en midlertidig forføyning er å få sikret et krav midlertidig i påvente av at tvisten kan avgjøres ved dom, eller å få til en midlertidig ordning for å hindre vesentlig skade eller ulempe i påvente av avgjørelse ved dom.

Miljøorganisasjonenes hovedkrav er at ERG ikke har rett til å deponere gruveavfall i Førdefjorden. Som grunnlaget for hovedkravet er det anført at det etter en prejudisiell vurdering er sannsynlig at eksisterende utslippstillatelse er ugyldig.

Utgangspunktet er at det gjelder et generelt forbud mot forurensning, jf. forurensningsloven § 7. Etter forurensningsloven § 11 kan det likevel gis særskilt tillatelse til forurensende tiltak. Hvorvidt det skal gis tillatelse etter bestemmelsen, beror i utgangspunktet på forurensningsmyndighetenes skjønn. Miljøorganisasjonene har ikke anført at det foreligger feil ved denne skjønnsutøvelsen.

Det miljøorganisasjonene har angrepet, er forvaltningens forståelse og anvendelse av vannforskriften § 12. Vannforskriften er gitt med hjemmel i forurensningsloven, plan- og bygningsloven og vannressursloven, og gjennomfører Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/60/EF om fastsettelse av rammer for fellesskapstiltak for vannpolitikk (vanndirektivet). Vanddirektivet retter seg mot alle sektormyndigheter.

Vannforskriften § 12 oppstiller en skranke for sektormyndighetenes materielle kompetanse. I bestemmelsens første og andre ledd heter det:

Ny aktivitet eller nye inngrep i en vannforekomst kan gjennomføres selv om dette medfører at miljømålene i § 4–§ 7 ikke nås eller at tilstanden forringes, dersom dette skyldes:

- a. nye endringer i de fysiske egenskapene til en overflatevannforekomst eller endret nivå i en grunnvannsforekomst, eller
- b. ny bærekraftig aktivitet som medfører forringelse i miljøtilstanden i en vannforekomst fra svært god tilstand til god tilstand.

I tillegg må følgende vilkår være oppfylt:

- a. alle praktisk gjennomførbare tiltak settes inn for å begrense negativ utvikling i vannforekomstens tilstand,
- b. samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet, og
- c. hensikten med de nye inngrepene eller aktivitetene kan på grunn av manglende teknisk gjennomførbarhet eller uforholdsmessig store kostnader, ikke med rimelighet oppnås med andre midler som miljømessig er vesentlig bedre.

Miljøorganisasjonenes anførsel er at vilkåret i vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b, som krever at «samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet», ikke er oppfylt når denne bestemmelsen tolkes i samsvar med vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

ERG har prinsipielt gjort gjeldende at vannforskriften § 12 ikke kommer til anvendelse i denne saken. I det følgende tar lagmannsretten først stilling til denne anførselen.

3.2.2. Kommer vannforskriften § 12 til anvendelse?

Etter vannforskriften § 4 gjelder det et forbud mot forringelse av vannforekomster. Forskriften § 12 gir hjemmel for å gjøre unntak fra forringelsesforbudet dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt.

ERG har gjort gjeldende at selskapets deponering ikke forringer vannforekomsten Ytre Førdefjorden, og at det derfor ikke er nødvendig å vurdere unntakshjemmelen i vannforskriften § 12.

Etter lagmannsrettens vurdering kan anførselen ikke føre frem. Det er ikke omtvistet at tiltaket vil medføre at bunnfaunaen i deponiområdet forsvinner så lenge deponeringen pågår. Basert på de mange faglige vurderingene som er foretatt, har alle instanser i forvaltningen vurdert at påvirkningen på bunnfaunaen vil medføre at den økologiske tilstanden i Ytre Førdefjorden vil gå fra «god» til «dårlig» i henhold til vannforskriftens klassifikaasjonssystem dersom det deponeres i henhold til tillatelsen. Dette har også vært

statens syn under hele gyldighetssaken og i foreliggende forføyningssak. Lagmannsretten finner etter bevisførselen ikke grunnlag for å trekke i tvil de vurderingene som er gjort.

Det kan i denne sammenhengen ikke få betydning om ERG nå bare planlegger å unytte en mindre del av tillatelsen. Søknaden om utslippstillatelse og vurderingen av denne gjelder tiltaket som helhet, og spørsmålet om forvaltningen hadde materiell kompetanse til å gi tillatelsen må vurderes under forutsetning av at hele tillatelsen vil kunne bli benyttet. ERG kan av samme grunn heller ikke høres med sin subsidiære anførsel om at forringelsesvurderingen må begrenses til forføyningsspektivet.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at vannforekomsten Ytre Førdefjorden vil endres fra «god» til «dårlig» som følge av deponering i henhold til utslippstillatelsen. Det er ikke tvilsomt at dette innebærer en forringelse som er omfattet av forbudet i vannforskriften § 4. For at forringelsen skal kunne tillates er det derfor nødvendig at unntaksvilkårene i vannforskriften § 12 er oppfylt.

Som nevnt ovenfor er det vilkåret i vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b, tolket i samsvar med vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, miljøorganisasjonene bestrider at er oppfylt. De øvrige vilkårene i bestemmelsen er ikke omtvistet.

Det er videre ubestridt at lagmannsretten i utgangspunktet har full prøvingskompetanse ved vurderingen av om det aktuelle vilkåret i vannforskriften § 12, jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7, er oppfylt.

I det følgende vil lagmannsretten først se på hvordan vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b, jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, skal tolkes, før lagmannsretten foretar en prejudisiell vurdering av om utslippstillatelsen oppfylder de kravene som stilles. I forkant av den konkrete vurderingen, er det også nødvendig å ta stilling til partenes uenighet om hvilket vedtak som skal legges til grunn for prøvingen.

3.2.3. Tolkningen av vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b, jf. vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c

Det omtvistede vilkåret i vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b har slik ordlyd:

[...] samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet [...]

Vannforskriften implementerer og gjennomfører vanndirektivet i norsk rett. Vanndirektivet er en del av EØS-avtalen. Vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b må derfor tolkes i samsvar med direktivet. Den aktuelle bestemmelsen i direktivet er artikkel 4 nr. 7 bokstav c. I den engelske språkversjonen av bestemmelsen fremgår det at medlemsstatene ikke

foretar en overtredelse av direktivet, og følgelig heller ikke plikten til å treffe alle tiltak for å forebygge forringelse, dersom årsaken til endringen i vannforekomstens tilstand er av «overriding public interest».

I gyldighetssaken mellom miljøorganisasjonene og staten, innhentet som nevnt Borgarting lagmannsrett en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om tolkningen av vanndirektivet, jf. dom 5. mars 2025 i sak E-13/24. Lagmannsretten bemerker at i den norske språkversjonen av EFTA-domstolens uttalelse, er «overriding public interest» oversatt til «tvingende allment hensyn». Partene opplyste under den muntlige forhandlingen at den norske oversettelsen er offisiell. Lagmannsretten vil i det følgende hovedsakelig benytte begrepet «tvingende allment hensyn».

Tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen er rådgivende, og ikke formelt bindende for nasjonale domstoler, jf. ODA artikkel 34 første ledd. Dette innebærer at nasjonale domstoler må ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes, jf. HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 76. Ved tolkningen av EØS-retten må imidlertid nasjonale domstoler legge stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt, og det må foreligge «særlige grunner» eller «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, jf. HR-2025-490-S avsnitt 65 med videre henvisning til Holship-dommen avsnitt 77.

I denne saken er partene enige om at det ikke er grunnlag for å fravike EFTA-domstolens uttalelse. Det bemerkes likevel at partene har noe ulike syn på hvordan deler av den rådgivende uttalelsen skal tolkes. Lagmannsretten er enig i at det ikke er grunnlag for å fravike EFTA-domstolens uttalelse og tar derfor utgangspunkt i denne når det i det følgende redegjøres nærmere for tolkningen av den aktuelle bestemmelsen i vanndirektivet.

Formålet med bestemmelsen i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 er å innføre unntak fra den generelle plikten til å forebygge forringelse av tilstanden til overflatevannforekomster. Ethvert unntak fra en slik forpliktelse skal tolkes strengt, jf. avsnitt 27 i den rådgivende uttalelsen.

EØS-statene har en viss skjønnsmargin ved vurderingen av om et prosjekt oppfyller kravene til et tvingende allment hensyn. Det må foretas en konkret vurdering for å avgjøre om «det identifiserte tvingende allmenne hensynet» som begrunner naturinngrepet, veier tyngre enn målet om å forebygge forringelse av tilstanden til vannforekomsten. Det kreves ikke en kvalifisert interesseovervekt. Se avsnitt 31 og 35 i den rådgivende uttalelsen.

Når det gjelder hvilke nærmere krav som stilles til forvaltningens vurderinger og saksbehandling uttaler EFTA-domstolen i avsnitt 33–34 følgende:

- 33 For å kunne rettferdiggjøre et gitt prosjekt, plikter derfor de nasjonale myndighetene å foreta en avveining mellom den forventede nytten av det aktuelle prosjektet og forringelsen av tilstanden til den aktuelle overflatevannforekomsten. På grunnlag av denne vurderingen må de nasjonale myndighetene sikre at prosjektet faktisk vil medføre de fordelene som søkes oppnådd, at alle praktisk gjennomførbare tiltak er truffet for å minske skadevirkningene av det aktuelle prosjektet på tilstanden til den aktuelle forekomsten av overflatevann, og at de målene som søkes oppnådd med prosjektet, enten av tekniske årsaker eller som følge av urimelige kostnader, ikke kan oppnås på andre måter som ville være et vesentlig bedre alternativ for miljøet (jf. dommen i Kommisjonen mot Østerrike, C-346/14, som sitert over, avsnitt 66 og 74, og dom 11. september 2012 i Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl., C-43/10, EU:C:2012:560, avsnitt 67).
- 34 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. På dette grunnlaget må den anmodende domstolen vurdere om de relevante allmenne hensynene veier tyngre enn skadevirkningene på målet om ikke-forringelse som forfølges i direktiv 2000/60. 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).

Hvilke faktorer som vil være relevante for å avgjøre om det foreligger tvingende allmenne hensyn, må vurderes i hver enkelt sak, jf. avsnitt 37. Basert på foreleggelsesskrivet fra Borgarting lagmannsrett, har EFTA-domstolen likevel uttalt seg om konkrete faktorer/hensyn som er aktuelle i denne saken kan være relevante.

Økonomiske interesser av ren privat art kan per definisjon ikke kvalifisere som et tvingende allment hensyn, jf. avsnitt 42. For at et økonomisk hensyn skal kunne kvalifisere som et tvingende allment hensyn, må det tjene allmennhetens interesser og ikke bare private interesser. I tillegg må slike økonomiske mål 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, jf. avsnitt 41. 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, jf. avsnitt 48.

Heller ikke sysselsettingsvirkninger kan i seg selv – uten andre medvirkende faktorer – være tilstrekkelig til å oppfylle terskelen for å kunne utgjøre et tvingende allment hensyn, jf. avsnitt 43. Hensyn knyttet til den sosiale eller økonomiske situasjonen i et bestemt

område kan imidlertid, på visse vilkår, utgjøre tvingende allmenne hensyn, jf. avsnitt 44. EFTA-domstolen oppsummerer det slik i avsnitt 45:

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.

Når det gjelder forsyningshensyn, åpner EFTA-domstolen for at «[...] et prosjekts bidrag til forsynings sikkerheten eller forsyningen av kritiske råvarer i EØS» etter omstendighetene «kan anses å utgjøre et tvingende allment hensyn», jf. avsnitt 50. Ved den konkrete vurderingen av når forsyningshensyn kan være et slikt hensyn, må det legges vekt på «egnetheten, herunder knapphet og potensielle bruksområder til mineralet som det sikres tilgang til, og, for det andre, formålene som denne forsyningen sikres for», jf. avsnitt 47. I samme avsnitt uttaler EFTA-domstolen videre:

[...] Dette innebærer, for det første, at hensynet til forsynings sikkerhet 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. Dersom for eksempel forsyningen av et kritisk mineral som utvinnes fra et slikt anlegg skal eksporteres til land utenfor EØS, vil det faktum at mineralet er av en slik art, ikke i seg selv være tilstrekkelig til å utgjøre et tvingende allment hensyn. Forsyningen av mineralet må i det minste være tilgjengelig for bruk i EØS innen relativt kort tid dersom det skulle oppstå knapphet på materialet.

EFTA-domstolen understreker videre at det å sikre global forsyning av et kritisk mineral, ikke vil oppfylle kriteriet ettersom det mangler den nødvendige tilknytning til det indre markedet, jf. avsnitt 48.

Partene er uenige om i hvilken utstrekning et mineral som eksporteres for videreforedling kan anses å ivareta forsynings sikkerheten for EØS-statene, dersom råvareleveransen inngår i en verdikjede der det er det videreforedlede produktet som er en kritisk eller strategisk råvare. Dette kommer imidlertid ikke på spissen i vår sak (jf. punkt 3.2.6 nedenfor). Lagmannsretten finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på problemstillingen.

Partene er videre uenige om det er adgang til å kumulere ulike hensyn ved vurderingen av om terskelen for «overriding public interest» er nådd. Heller ikke denne problemstillingen kommer på spissen, og lagmannsretten går derfor ikke nærmere inn på dette.

3.2.4. *Hvilket vedtak skal prejudisielt prøves og hvilke faktiske forhold skal legges til grunn ved prøvingen?*

ERGs utslippstillatelse etter forurensningsloven § 11 er omhandlet i flere vedtak; klagevedtaket i statsråd (kongelig resolusjon) 19. februar 2016, Klima- og miljødepartementets klagevedtak 23. november 2021 og Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023. Det foreligger i tillegg en kongelig resolusjon fra 23. mai 2025 hvor det er gjort en vurdering av om vedtakene skal omgjøres, men hvor det er konkludert med å ikke omgjøre.

Partene er uenige om hvilke av disse vedtakene som skal danne utgangspunkt for den prejudisielle gyldighetsvurderingen og hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn for vurderingen. Miljøorganisasjonene har anført at den kongelige resolusjonen fra 2016 er den gjeldende utslippstillatelsen, og at de faktiske forholdene på dette tidspunktet skal legges til grunn. ERG har gjort gjeldende at Miljødirektoratets vedtak fra juni 2023 er den gjeldende tillatelsen, og at denne må suppleres av innholdet i den kongelige resolusjon fra mai 2025. Staten mener at det ikke er noe rettslig grunnlag for å se bort fra de supplerende begrunnelsene i vedtaket fra juni 2023 og den kongelige resolusjonen fra mai 2025.

Den kongelige resolusjonen fra februar 2016 stadfestet utslippstillatelsen som ble gitt ved Klima- og miljødepartementets vedtak 5. juni 2015 (førsteinstanstillatelsen). Både førsteinstanstillatelsen og klagevedtaket i den kongelige resolusjon gjør omfattende vurderinger av sakens ulike sider. Slik lagmannsretten ser det gjør de senere vedtakene i 2021 og 2023 bare justeringer i den utslippstillatelsen som ble gitt i 2015/2016. Dette ble også lagt til grunn i den kongelige resolusjonen fra mai 2025, hvor det fremgår:

Tillatelsen etter forurensningsloven ble etter klage opprettholdt ved vedtak i kongelig resolusjon av 19. februar 2016. I Klima- og miljødepartementets vedtak av 5. juni 2015 og i kongelig resolusjon av 19. februar 2016 er det lagt til grunn at det er Miljødirektoratet som har ansvar for å følge opp tillatelsen, og som er gitt myndighet til å endre tillatelsen og vilkårene. Det er kun gjort mindre endringer i tillatelsen ved etterfølgende vedtak fattet av Klima- og miljødepartementet og Miljødirektoratet.

Etter lagmannsrettens vurdering fremstår det klart at den utslippstillatelsen ERG ble gitt ved kongelig resolusjon 19. februar 2016, er tillatelsen som skal undergis gyldighetskontroll. Denne tillatelsen danner utgangspunktet og grunnlaget for de senere justeringene som er foretatt. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det er dette vedtaket retten prejudisielt skal vurdere opp mot vannforskriftens og vanddirektivets vilkår.

Når det gjelder spørsmålet om det er vedtaks- eller avgjørelsestidspunktets faktum som skal legges til grunn ved prøvingen av vedtakets gyldighet, tar lagmannsretten utgangspunkt i Høyesteretts plenumsavgjørelse i HR-2012-2398-P. I avsnitt 50 fremgår:

Jeg nevner innledningsvis at det tradisjonelt skilles mellom nye rettsfakta og nye bevisfakta. Nye rettsfakta er nye faktiske forhold som direkte og umiddelbart har rettslige følger, mens nye bevisfakta er nye bevis som godtgjør rettsfakta, jf. NOU 2001:32B Rett på sak bind B side 703. Nye bevisfakta som kaster lys over forholdene på vedtakstidspunktet, er det i utgangspunktet adgang til å påberope seg, jf. Rt-2007-1815 avsnitt 34. Spørsmålet er om det også er adgang til å påberope nytt rettsfaktum for domstolene, altså nytt rettsstiftende faktum som har oppstått etter forvaltningsvedtaket, og som derfor ikke har vært vurdert av forvaltningen. I enkelte tilfeller kan det nok by på problemer å skille mellom hva som er nytt rettsfaktum og hva som er nytt bevisfaktum. [...]

I avsnitt 81 oppsummerer førstvoterende slik:

Oppsummeringsvis viser kildene at det generelle utgangspunktet frem til Rt-2012-667 har vært at vedtakstidspunktets faktum har blitt lagt til grunn for domstolenes prøving av vedtakets gyldighet, men at det som utgangspunkt er adgang til å fremlegge nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet. [...] Etter mitt syn er rettskildebildet for så vidt gjelder den generelle problemstillingen klart, og jeg kan ikke se at det er fremført grunner som tilsier at løsningen – selv ved en plenumsbehandling – bør fravikes.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at domstolskontroll av forvaltningsvedtak skal baseres på de faktiske forholdene slik de forelå på vedtakstidspunktet. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for en annen regel ved prejudisiell prøving i forbindelse med krav om midlertidig forføyning. Dette innebærer at det er de faktiske forholdene på vedtakstidspunktet i 2016 som skal legges til grunn for prøvingen, og at senere utvikling eller hensyn som har oppstått eller er aktualisert i etterkant ikke kan tillegges betydning. Nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet, er det imidlertid som utgangspunkt anledning å se hen til.

3.2.5. Oppfyller utslippstillatelsen kravene etter vannforskriften og vanndirektivet?

Lagmannsretten skal prejudisielt ta stilling til om utslippstillatelsen oppfyller kravene etter vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b når den tolkes i samsvar med vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

Lagmannsretten ser først på hvilke hensyn som ble vektlagt da utslippstillatelsen ble gitt, og om noen av disse kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn.

I den kongelige resolusjonen fra 19. februar 2016 fremgår følgende i punktet «Samfunnsnytt ved tiltaket»:

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 en stor positiv effekt for bosettingen lokalt, ikke minst i Naustdal som er en relativt liten kommune som lenge har vært inne i en svakt fallende befolkningsutvikling.

Det fremgår her tydelig at det er lagt betydelig vekt på de fremtidige inntektene gruvedriften må antas å ville gi ansatte, aksjonærer, kommunene og staten.

De fremtidige inntektene ble også tillagt betydelig vekt i tidligere instanser, jf. Klima- og miljødepartementets vedtak 5. juni 2015 og Miljødirektoratets anbefaling til departementet 13. februar 2015.

Lagmannsretten finner det klart at slike rene økonomiske interesser som her er vektlagt, ikke kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, jf. vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b. De økonomiske interessene som er vektlagt, er ordinære resultater av en økonomisk aktivitet. EFTA-domstolen har som svar på spørsmål 2 i den rådgivende uttalelsen uttrykkelig uttalt at «[i]nntekt 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 [...]», jf. også avsnitt 42 og 49.

Det fremgår videre at det er lagt vekt på at gruvedriften vil gi økt sysselsetting og bosetting lokalt.

Sysselsettingsvirkninger og andre hensyn knyttet til den økonomiske og sosiale situasjonen i et område, vil etter omstendighetene kunne utgjøre tvingende allmenne hensyn, jf. punkt 3.2.3. Etter lagmannsrettens syn må det imidlertid legges til grunn at terskelen er høy. EFTA-domstolen viser i sin rådgivende uttalelse til at det ikke kan utelukkes at et prosjekt kan godkjennes etter vanddirektivet «basert på behovet for å oppnå sysselsettingsvirkninger og dermed sikre bosetting i regioner som opplever betydelig fraflytting og sosial nød», jf. avsnitt 45. Lagmannsretten forstår avsnittet slik at det her angis et eksempel som skal gi veiledning om hvor terskelen ligger. Eksempelet tilsier at

terskelen er høy. At terskelen er høy støttes også av direktivets formålsbetraktninger og at unntak fra den generelle forpliktelsen til å iverksette nødvendige tiltak for å forebygge forringelse av vannforekomster, skal tolkes strengt, jf. avsnitt 27 i den rådgitvende uttalelsen.

Det er på det rene at etableringen av gruvevirksomhet ved Engebøfjellet har samfunnsmessig betydning og at virksomheten medfører sysselsetting og verdiskapning. ERG har i dag om lag 125 ansatte, hvorav om lag 25 jobber i graven og de resterende jobber i prosessanlegget og i administrative stillinger. Styreleder i ERG, Finn Ivar Marum, forklarte at det i stor grad er lokalt ansatte, men at det har vært nødvendig å hente inn noe arbeidskraft fra andre land som har kompetanse fra gruvedrift.

Miljøorganisasjonene, ERG og staten har lagt frem ulike utredninger og statistikker som skal belyse situasjonen for bosettingen lokalt, sysselsettingssituasjonen og økonomiske forhold i området.

Basert på det fremlagte er lagmannsretten enig med miljøorganisasjonene i at det ikke er sannsynliggjort at området som tidligere utgjorde Naustdal kommune «lenge har vært inne i en svakt fallende befolkningsutvikling», slik det er lagt til grunn i den kongelige resolusjonen fra februar 2016, jf. sitatet inntatt ovenfor. Fremlagte tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) viser en svakt negativ befolkningsutvikling i Naustdal kommune fra 2000 til 2008 og en svakt positiv befolkningsutvikling fra 2009 til 2016. Videre var det en svak vekst i befolkningsutvikling i nye Sunnfjord kommune i årene etter kommunesammenslåingen 1. januar 2020. Verken staten eller ERG har fremlagt bevis som underbygger uttalelsen i den kongelige resolusjonen om svakt fallende befolkningsutvikling. Staten har imidlertid lagt frem en rapport fra Sintef om «Økonomiske ringvirkninger av mineralbrudd i Engebøfjellet» fra januar 2013, som blant annet viser en utvikling i retning av en aldrende befolkning både i Naustdal og regionen rundt. Sintefs vurdering er at det «vil [...] være svært viktig for regionen å kunne oppnå vekst i sysselsettingen for å få en bedre balanse i forhold til denne eldrebølgen som vil komme».

Når det gjelder sysselsettingssituasjonen, har miljøorganisasjonene lagt frem tall fra NAV som viser at arbeidsledigheten i tidligere Naustdal kommune og nåværende Sunnfjord kommune fra 2010 til 2023, med unntak av pandemiårene 2020 og 2021, lå på mellom 1 og 3 prosent. Til sammenligning lå arbeidsledigheten i Norge i samme periode på rundt 3 prosent. Arbeidsledigheten i området lå altså i gjennomsnitt lavere enn landsgjennomsnittet. Staten har på sin side lagt frem statistikk som viser at det har vært arbeidsplassnedgang i basisnæringene i regionene i årene fra 2000 til 2013, jf. PWCs «Kommunereform Sunnfjord. Presentasjon av hovudkonklusjonar i rapport 1–3» datert 15. april 2015. PWC har i rapporten påpekt at «[t]ilbakegangen i basisnæringane [...] er

[...] ein stor trussel for regionen og dette indikerer eit behov for å auke innovasjonstakta i næringslivet».

Når det gjelder økonomiske forhold, har miljøorganisasjonene og staten lagt frem ulike statistikker fra SSB som viser inntektsnivået i Naustdal, Sunnfjord og Oslo. Miljøorganisasjonene har lagt frem statistikk som viser inntekt for alle husholdninger under ett. Denne statistikken viser at inntektsnivået i Naustdal og Sunnfjordregionen er høyere enn i Oslo. Staten har anført at tallene er misvisende ettersom det er et høyt antall aleneboende i Oslo, og har i stedet lagt frem statistikk for par med og uten barn. Den statistikken viser et høyere inntektsnivå i Oslo enn i Naustdal. Lagmannsretten bemerker at inntektsnivået i Oslo må ses i sammenheng med at det gjennomgående er høyere bo- og levetgifter der enn i distriktene. Basert på det fremlagte er det uansett klart ikke holdepunkter for å si at det er snakk om at Naustdal og Sunnfjordregionen er områder med sosial nød eller lavere levestandard enn Norge for øvrig. Dette er heller ikke anført av verken ERG eller staten.

Basert på det ovenstående finner lagmannsretten det sannsynliggjort at tillatelsen vil ha positive konsekvenser i form av økt sysselsetting og bosetting i regionen rundt Engebøfjellet, både i et kortsiktig og langsiktig perspektiv. Herunder er det sannsynliggjort at befolkningsutviklingen i regionen går i retning av en eldre befolkning, og det må legges til grunn at nye arbeidsplasser i basisnæringen vil kunne motvirke en slik utvikling. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at regionen verken med eller uten tiltaket vil oppleve betydelig fraflytting eller sosial nød. Samlet sett er det etter lagmannsrettens syn ikke sannsynliggjort at den høye terskelen for at en økonomisk og sosial situasjon i et område skal kunne utgjøre et tvingende allment hensyn, er nådd.

Lagmannsretten finner etter dette at heller ikke hensynene til sysselsetting og bosetting lokalt kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, jf. vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b.

ERG og staten har gjort gjeldende at også hensynet til forsyningssikkerhet er vurdert og vektlagt i utslippstillatelsen.

Det er på det rene at hensynet til forsyningssikkerhet for kritiske mineraler i EØS etter omstendighetene kan anses å utgjøre et tvingende allment hensyn, jf. punkt 3.2.3 ovenfor.

Staten har erkjent at den skriftlige begrunnelsen for samfunnsnyttene ved tiltaket med fordel kunne vært noe grundigere i Klima- og miljødepartementets vedtak i 2015 og den kongelige resolusjonen i 2016. Det er likevel anført at hensynet til forsyningssikkerhet og mineraltilgang (forsyningshensyn) var fremme i begrunnelsene.

Lagmannsretten bemerker at selv om forsyningshensyn har vært omtalt i førsteinstansvedtaket i 2015 og klagevedtaket i 2016, samt i vurderinger gjort under forberedelsen av vedtakene, er det først på et langt senere tidspunkt det blir gjort en drøftelse av hensynet til forsyningsikkerhet og gitt en redegjørelse for på hvilken måte forvaltningen mener at hensynet kan begrunne unntak etter vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c, jf. vannforskriften § 12 (jf. punkt 3.2.6 nedenfor).

I den kongelige resolusjonen fra 2016 er det påpekt at «[u]ttak fra forekomsten i Engebøfjellet vil kunne dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år, [...]». Slik lagmannsretten ser det, er det imidlertid ikke holdepunkter for at forsyningshensyn er vektlagt som et selvstendig hensyn. Det siterte synes i stedet å inngå i et resonnement for at «virksomheten vil [...] kunne sikre økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv», jf. sitatet fra resolusjonen inntatt ovenfor. Tilsvarende formulering og resonnement er inntatt i departementets forutgående vedtak. Det fremkommer heller ikke andre steder verken i resolusjonen eller departementets vedtak at forsyningshensyn er tillagt vekt ved vurderingen av om vilkårene i unntaksbestemmelsen i vannforskriften § 12, jf. vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 er oppfylt.

Lagmannsretten konkluderer basert på det ovenstående med at hensynet til forsyningsikkerhet og mineraltilgang ikke ble vektlagt da utslippstillatelsen ble gitt i 2015/2016.

Oppsummert er det etter dette ingen av hensynene som ble vektlagt da utslippstillatelsen ble gitt, som kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn.

Utslippstillatelsen oppfyller dermed ikke vilkåret i vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b, jf. vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

Lagmannsretten vil nedenfor ta stilling til anførselen om at feilen må anses ratihabert (godkjent) i etterfølgende vedtak.

3.2.6. Er feilen i utslippstillatelsen ratihabert?

ERG og staten har gjort gjeldende at forvaltningen har anledning til å supplere og endre sine begrunnelser, og at en eventuell feil ved den opprinnelige tillatelsen må anses ratihabert ved at hensynet til forsyningsikkerhet er vurdert og vektlagt i Miljødirektoratets vedtak fra juni 2023 og/eller den kongelige resolusjonen fra mai 2025.

Forvaltningen kan i visse tilfeller godkjenne vedtak som lider av en ugyldighetsgrunn i etterhånd, med den virkning at vedtaket blir opprettholdt til tross for feilen. Dette omtales som ratihabisjon. Se eksempelvis Prop. 79 L (2024–2025) punkt 23.5.1 og Torstein

Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 12. utgave (2022) (heretter Eckhoff/Smith), side 504. Eckhoff/Smith skriver videre på side 504 og 505:

Men ratihabisjon krever selvsagt at forvaltningen (fortsatt) har *kompetanse* til å treffe vedtak med samme innhold som det opprinnelige. Hvis vedtaket lider av en *innholdsmangel*, kan det bare ratihaberes hvis det finnes et aktuelt hjemmelsgrunnlag for vedtaket. Hvis feilen f.eks. består i at vedtaket er truffet i strid med en kompetanseregel, kan det ratihaberes i den grad det er adgang til å *dispensere* fra regelen. [...]

Et vedtak som er ratihabert, får virkning fra *samme* tidspunkt som det opprinnelige [...]

EFTA-domstolen har i sak E-18/24 uttalt at EØS-retten ikke er til hinder for etterfølgende godkjenning dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt, jf. avsnitt 108–110.

I Miljødirektoratets vedtak i juni 2023 fremgår blant annet at:

En vurdering av blant annet hensynet til verdiskaping, sysselsetting, fordelingsvirkninger og tilgang til mineraler i Norge og Europa veid opp mot de miljøhensyn som gjorde seg gjeldende i saken, tilsa etter vårt syn at det var grunnlag for å gi tillatelse etter forurensingsloven § 11 og at vilkårene for å tillate en forringelse av den berørte vannforekomsten var oppfylt, jf. for så vidt vannforskriften § 12 (2) bokstav b og vannrammedirektivets art. 4 nr. 7 om «væsentlige samfundsinteresser»/«overriding public interest» som betingelse for å tillate slik forringelse. Dette standpunktet står ved lag, [...]

Som lagmannsretten har konkludert med i punkt 3.2.5, kan det imidlertid ikke legges til grunn at «tilgang til mineraler i Norge og Europa» ble vektlagt da utslippstillatelsen ble gitt. Miljødirektoratets vedtak inneholder heller ingen egen drøftelse av hensynet til forsyningssikkerhet eller noen redegjørelse for på hvilken måte direktoratet mener at vilkårene for å tillate en forringelse av den berørte vannforekomsten er oppfylt, jf. vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b, jf. vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

Feilen i utslippstillatelsen kan etter dette ikke anses ratihabert i Miljødirektoratets vedtak 23. juni 2023.

Spørsmålet er da om den er ratihabert i den kongelige resolusjonen fra 23. mai 2025.

I den kongelige resolusjonen er det gitt en begrunnelse for behovet for rutil og forsyningssikkerhet. Lagmannsretten bemerker at det først er her det redegjøres for dette hensynet og for på hvilken måte forvaltningen mener at forsyningssikkerhet og mineraltilgang er et tvingende allment hensyn som kan begrunne unntak fra forringelsesforbudet. Slik lagmannsretten ser det, introduseres det med dette et nytt hensyn som anføres å være et helt sentralt moment for konklusjonen om at vilkåret i

vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b og vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c er oppfylt. Vurderingen av hensynet er også basert på nytt og oppdatert faktum, ved at det blant annet er henvist til utviklingen i den sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa og EUs vedtakelse av en forordning om kritiske råvarer – Critical Raw Materials Act (CRMA) – i 2024.

Som det fremgår ovenfor i punkt 3.2.3 har EFTA-domstolen i den rådgivende uttalelsen redegjort for at vanndirektivet og EU-domstolen oppstiller særlige krav til forvaltningens vurderinger og saksbehandling. Dette innebærer blant annet at «de nasjonale myndighetene [må] 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. uttalelsen avsnitt 34. EFTA-domstolens formulering er forankret i EU-domstolens avgjørelse i sak C-346/14 (Schwarze Sulm) avsnitt 80.

Staten har vist til noe dokumentasjon som anføres å skulle underbygge vurderingen av hensynet til forsyningssikkerhet som er gjort i den kongelige resolusjonen. Det er blant annet fremlagt rapporter og strategier som generelt belyser Norges mineralstrategi og nasjonale sikkerhetsstrategi, samt utviklingen i EU på området. Det er også fremlagt e-postkorrespondanse mellom Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) og Norges Geologiske Undersøkelser (NGU), hvor NFD opplyser at departementet «[i] forbindelse med en pågående rettsak [...] muligens [har] behov for bakgrunnsinformasjon om forsyning av titan, særlig i Europa» og ber om overordnet informasjon som kan danne et faktagrunnlag for departementet og Regjeringsadvokaten. Vedlagt e-postkorrespondansen følger et notat fra NGU om «Titan og titanmineraler». Notatet gir i hovedsak en kort og generell oversikt over forekomst, utvinning og foredling av titan og titanmineraler og strategisk betydning for europeisk industri. Relevansen for Engebø er omtalt svært kort.

Etter lagmannsrettens syn er det fremlagte ikke tilstrekkelig til å underbygge at det i forkant av resolusjon ble gjennomført en reell utredning eller vurdering som konkret gjelder Engebø-prosjektet og hensynet til forsyningssikkerhet. Det foreligger ingen detaljert, konkret analyse og beskrivelse av Engebø-prosjektets betydning for forsyningssikkerheten i EØS-området, jf. avsnitt 34 i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. At hensynet til forsyningssikkerhet ikke ble nærmere utredet og analysert, underbygges også av at departementet «ikke [har] funnet grunn» til å forhåndsvarsle tiltakshaver eller øvrige interessenter, jf. side 2 i den kongelige resolusjonen.

Basert på den samlede bevisførselen er lagmannsretten av den oppfatning at det ikke er godtgjort at forvaltningen og Regjeringen «ikke bare viser til et teoretisk tvingende allment hensyn» når hensynet til forsyningssikkerhet er vektlagt som et helt sentralt hensyn i den kongelige resolusjonen, jf. avsnitt 34 i den rådgivende uttalelsen. Dette innebærer at begrunnelsen og vurderingene i den kongelige resolusjonen knyttet til forsyningshensyn,

ikke oppfyller de krav forvaltningen må oppfylle for å gjøre unntak fra forringelsesforbudet i medhold av vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c.

Den kongelige resolusjonen eliminerer dermed ikke bruddet på vannforskriften og vanndirektivet, og anførselen om at resolusjonen ratihaberer utslippstillatelsen kan ikke føre frem.

Det er etter dette ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til om de nærmere angitte vilkårene EØS-retten oppstiller for etterfølgende godkjenning, er oppfylt, jf. EFTA-domstolens sak E-18/24 avsnitt 108–110.

Det er heller ikke nødvendig å gå nærmere inn på partenes uenighet om hensynet til forsyningssikkerhet for titanråstoff og titanmetall kan utgjøre et tvingende allment hensyn.

3.2.7. Ugyldighetsspørsmålet og konsekvenser av ugyldighetskonstatering

Lagmannsretten har ovenfor kommet til at utslippstillatelsen ikke oppfyller vilkåret i vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b når denne tolkes i samsvar med vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. Tillatelsen er dermed gitt i strid med de materielle kompetansebegrensningene i vannforskriften, jf. vanndirektivet.

Når et vedtak er fattet i strid med en materiell kompetansebegrensning, foreligger det en innholdsmangel ved vedtaket. Hovedregelen etter norsk forvaltningsrett er at slike innholdsmangler medfører ugyldighet. Dette gjelder også selv om den private part ikke kan bebreides, jf. eksempelvis HR-2016-2017-A avsnitt 63.

ERG og staten har gjort gjeldende at tillatelsen likevel ikke kan kjennes ugyldig på grunn av innrettelseshensyn.

I rettspraksis 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. Den snevre unntaksregelen er oppsummert slik i HR-2021-2571-A avsnitt 63:

Oppsummert legger jeg til grunn at det bare i helt særlige tilfeller er aktuelt å fravike hovedregelen om at et vedtak som lider av en innholdsmangel, er ugyldig. Det må foreligge spesielle og sterke grunner for at en part skal få en rettsposisjon som vedkommende ikke har krav på. Dersom det har gått lang tid fra vedtaket ble truffet, og parten i aktsom god tro har innrettet seg i tillit til vedtaket, kan det tale for at vedtaket likevel er gyldig, men det skal foretas en helhetsvurdering med avveining mot ulike samfunnsmessige hensyn. [...]

I denne saken er det også et tema hvilken betydning den EØS-rettslige lojalitets- og reparasjonsplikten (jf. punkt 3.1.2) har for ugyldighetsspørsmålet og en eventuell adgang til å hensynte innrettelse. Lojalitetsprinsippet og reparasjonsplikten retter seg mot samtlige av statens myndigheter, også domstolene, jf. EFTA-domstolens sak E-11/22 avsnitt 44 og sak 18/24 avsnitt 104. I sistnevnte avgjørelse uttaler EFTA-domstolen videre i avsnitt 106 og 107:

- (106) EFTA-domstolen bemerker at når det foreligger et brudd på EØS-retten, skal den nasjonale domstolen så langt det er mulig tolke og anvende relevante bestemmelser i nasjonal rett på en slik måte at det er mulig å eliminere konsekvensene av dette bruddet på EØS-retten (se dom 2. oktober 2015 i Liechtensteinische Gesellschaft für Umweltschutz, E-3/15, avsnitt 74 til 75 og rettspraksis som det vises til der).
- (107) Slike tiltak omfatter, med de begrensninger som følger av prinsippet om EØS-statens prosessuelle autonomi, tilbakekalling eller suspensjon av en tillatelse som allerede er gitt, med sikte på å gjennomføre en vurdering av miljøvirkningene av det aktuelle prosjektet i henhold til EIA-direktivet (se dommen i Liechtensteinische Gesellschaft für Umweltschutz, E-3/15, som sitert over, avsnitt 83, og jf. dommen i Wells, C-201/02, som sitert over, avsnitt 65).

Partene er uenige om reparasjonsplikten tilsier ugyldighet uavhengig av en eventuell innrettelse. Utgangspunkt etter EU-retten er at en part ikke kan påberope berettigede forventninger der myndighetene har anvendt EU-retten feil, se eksempelvis EU-domstolens sak C-236/18 (GRDF SA) avsnitt 50 og sak C-120/17 avsnitt 52, og Siri Kildahl Venemyr, EØS-rettens krav til forvaltningsrettslige følger av feil (2024) (heretter Venemyr), punkt 3.6.3 og 9.4. Dette kan likevel tenkes å stille seg annerledes etter at et vedtak må anses som «endelig», se Venemyr punkt 8.3 og 9.4. Vurderingen av om et vedtak regnes som endelig, er knyttet opp mot nasjonale klage- og søksmålsfrister. I foreliggende sak er det ikke tale om et «endelig» vedtak. Det gjelder ingen søksmålsfrist for vedtaket om utslippstillatelse. Vedtaket er dessuten angrepet i gyldighetssaken som pågår for domstolene, se Venemyr punkt 9.4.

Lagmannsretten kan uansett ikke se at ERG har en beskyttelsesverdig berettiget forventning om at utslippstillatelsen skal bestå. Det vises blant annet til at ERGs investeringer i hovedsak er gjort med kunnskap om at tillatelsen var påklaget, begjært omgjort og bragt inn for domstolen. Lagmannsretten viser i tillegg til at forurensningsmyndighetene har adgang til å tilbakekalle eller endre en utslippstillatelse ti år etter den er gitt, jf. forurensningsloven § 18 tredje ledd. Utslippstillatelsen ble gitt i juni 2015 og retten til å tilbakekalle tillatelsen inntrådte følgelig i juni 2025. ERG har dermed uansett ikke hatt en rettsbeskyttet forventning om en utslippstillatelse med lengre varighet enn det.

Lagmannsretten finner etter dette at innrettelseshensyn ikke er til hinder for å konstatere ugyldighet. Lagmannsretten mener tvert imot at hovedregelen om at innholdsmangler medfører ugyldighet, må følges. Dette understøttes av den EØS-rettslige reparasjonsplikten.

På bakgrunn av ovenstående konkluderer lagmannsretten med at utslippstillatelsen prejudisielt må anses ugyldig.

ERG og staten har gjort gjeldende at selv om utslippstillatelsen anses ugyldig, må ERG lovlig kunne utøve sine rettigheter etter tillatelsen frem til den eventuelt trekkes tilbake av forvaltningen.

Lagmannsretten kan ikke se at anførselen kan føre frem. Lagmannsretten viser til at den sentrale virkningen av ugyldighet er at vedtaket ikke skaper rett eller plikt etter sitt eget innhold, jf. Prop. 79 L (2024–2025) til ny forvaltningslov punkt 23.4.1 om gjeldende rett. Domstolene kan fastslå at tillatelser er ugyldige og sette dem til side som uvirksomme, se Eckhoff/Smith side 500 hvor det fremgår:

For begunstigende vedtak (f.eks. tillatelser) er utgangspunktet derimot at de bare anses som angripelige, i den forstand at de står ved lag inntil de eventuelt blir satt til side ved nytt forvaltningsvedtak eller ved dom.

Uten at det har betydning for lagmannsrettens vurdering, viser lagmannsretten for øvrig til at Borgarting lagmannsrett i sin dom i gyldighetssaken (LB-2024-36660), konkluderte med at vedtakene «er ugyldige og må oppheves», uten at det ble foretatt en nærmere drøftelse av virkningene av ugyldigheten.

Foranlediget av ERGs anførsel om at domstolene ikke kan treffe realitetsavgjørelse ved gyldighetsprøving av forvaltningsvedtak, bemerker lagmannsretten at en avgjørelse om at et vedtak er ugyldig og uvirksomt, ikke vil binde opp forvaltningens fremtidige myndighetsutøvelse.

Lagmannsretten finner det etter dette sannsynliggjort at utslippstillatelsen er ugyldig og at en ugyldighetskonstatering innebærer at tillatelsen ikke har rettsvirkninger etter sitt innhold.

3.2.8. Oppsummering – hovedkravet

Lagmannsretten har funnet at miljøorganisasjonene har sannsynliggjort at utslippstillatelsen som gir ERG rett til å deponere gruveavfall i Førdefjorden er ugyldig, og at en ugyldighetskonstatering innebærer at tillatelsen ikke har rettsvirkninger etter sitt innhold. Det er med andre ord sannsynliggjort at ERG ikke har rett til å utnytte

utslippstillatelsen. Deponering av gruveavfall uten utslippstillatelse vil være forbudt, jf. forurensningsloven §§ 7 og 28.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at miljøorganisasjonene har sannsynliggjort sitt hovedkrav om at ERG ikke har rett til å deponere gruveavfall i Førdefjorden.

3.3. Sikringsgrunn

Twisteloven § 34-1 første ledd oppstiller to alternative sikringsgrunner i bokstav a og b. Miljøorganisasjonene har påberopt seg begge alternativene. Lagmannsretten finner det hensiktsmessig å først vurdere om det foreligger sikringsgrunn etter bokstav b.

3.3.1. Twisteloven § 34-1 første ledd bokstav b

Etter denne bestemmelsen foreligger sikringsgrunn når det «finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe». Bestemmelsen åpner for en sammensatt vurdering av hvor viktig det omtvistede rettsforhold er for den begjærende part, hvor stort behov vedkommende har for midlertidig forføyning, hvor inngripende en midlertidig forføyning vil være, begjærende parts adferd med videre, jf. HR-2001-1590. Vurderingen må baseres på forholdene på avgjørelsestidspunktet, jf. Hans Flock, *Midlertidig sikring* (2011) (heretter Flock), side 234, HR-1999-165-K og HR-2002-398.

Den eventuelle vesentlige skaden må oppstå i perioden frem til det omtvistede rettsforholdet er avklart, jf. «avverge». Partene er uenige i hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn for vurderingen. Det synes likevel å være enighet om at det må legges til grunn et noe lengre tidsperspektiv enn frem til det foreligger rettskraftig dom i gyldighetssaken. ERG har gjort det klart at selv om Høyesterett skulle komme til at utslippstillatelsen er ugyldig, vil selskapet fortsette å deponere gruveavfall frem til forvaltningen eventuelt trekker utslippstillatelsen tilbake. Det er imidlertid anført fra både ERG og staten at for det tilfellet at utfallet skulle bli dom på ugyldighet, må det antas at forvaltningen vil gjøre en ny vurdering relativt raskt. ERG og staten har på denne bakgrunn gjort gjeldende at det må legges til grunn et tidsperspektiv på seks til tolv måneder. Miljøorganisasjonene har ikke angitt noe eksakt tidsperspektiv, men hevder at det må forventes enn mer langvarig saksbehandling og har anslått et tidsperspektiv på flere år.

Etter lagmannsrettens vurdering er det vanskelig å angi et eksakt tidsperspektiv for når det omtvistede rettsforholdet kan forventes avklart. Selv om lagmannsretten ikke betviler statens ønske om en rask saksbehandling dersom Høyesterett skulle forkaste statens anke i gyldighetssaken, synes et tidsperspektiv på seks måneder fra nå av å være for optimistisk. Det vil trolig fortsatt ta noe tid før det foreligger en rettskraftig avgjørelse fra Høyesterett.

På den andre siden kan lagmannsretten ikke se at det er grunnlag for å legge til grunn et tidsperspektiv på flere år. Et tidsperspektiv på tolv til atten måneder synes mer realistisk. Det vises til sammenligning til statens opplysning om at forventet saksbehandlingstid hos Miljødirektoratet for saker etter forurensningsloven, er mellom seks til ni måneder, noe lagmannsretten ikke finner grunn til å betvile. Slik denne saken ligger an, kan lagmannsretten under enhver omstendighet ikke se at det vil være av avgjørende betydning om det legges til grunn et tidsperspektiv på noe mer enn atten måneder heller.

Spørsmålet blir etter dette om deponering av avgangsmasser i et slikt tidsperspektiv som her er skissert, vil medføre en «vesentlig skade».

Forvaltningen har gjort en rekke utredninger av ulike sider ved virksomheten ved Engebøfjellet. Herunder er det gjort omfattende undersøkelser av de miljømessige konsekvensene av sjødeponi i Førdefjorden. Tingretten har i sin kjennelse gjengitt enkelte avsnitt fra forvaltningens vurderinger som oppsummerer de faglige vurderingene som er gjort. Gjengivelsen er representativ for bevisførselen i lagmannsretten, og lagmannsretten finner det hensiktsmessig å gjengi følgende fra tingrettens redegjørelse:

[...] Påvirkningen på vannkvalitet

Det fremgår av Klima- og miljødepartementets tillatelse (førsteinstanstillatelsen) fra 5. juni 2015 at

Avgangen inneholder noen tungmetaller, kadmium, bly, nikkel og kvikksølv. Det må vurderes om utlekking av metaller fra avgangsmassene kan føre til en forringelse av kjemisk tilstand. Det er gjort vurderinger av metallinnholdet i avgangsmassene basert på undersøkelser av metallinnholdet i malmen. Miljødirektoratet mener at resultatene fra testene av malmen kan legges til grunn for vurderingene etter vannforskriften. Departementet viser til Miljødirektoratets vurderinger i kapittel 3.9.7 i anbefalingen om at det er svært sannsynlig at konsentrasjonen av metallene i vannforekomsten vil ligge betydelig lavere enn grenseverdiene. På bakgrunn av dette slutter departementet seg til Miljødirektoratets vurdering om at deponeringen av avgangsmasser i Førdefjorden ikke vil medføre en dårlig kjemisk tilstand i vannforekomsten som følge av utlekking av metaller til vannfasen.

Og videre

Direktoratet mener at usikkerheten knyttet til spredning av partikler ut over det planlagte deponiområdet, og oppover i vannsøylen, er vesentlig redusert. Det vurderes derfor som lite sannsynlig at partikkelspredning fra deponeringen av avgangsmasser vil ha en negativ påvirkning på det marine naturmangfoldet utenfor deponiområdet i Førdefjorden. Klima- og miljødepartementet slutter seg til dette.

Av Kongelig resolusjon av 19. februar 2016 pkt. 3 fremgår følgende:

Vurderingene av risiko for partikkelspredning er knyttet til de 10% av avgangsmassen som utgjør finfraksjonene. På bakgrunn av tilleggsutredningene som ble gjennomført i 2013/2014 har departementet lagt til grunn i sitt vedtak at usikkerheten knyttet til spredning av partikler oppover i vannsøylen og utover det planlagte deponiområdet er vesentlig redusert og sannsynligheten for spredning vurderes som lav.

og

Når det gjelder risikoen for partikkelspredning og derigjennom mulige negative konsekvenser for blant annet laks og andre marine arter, mener departementet at dette er blitt grundig utredet.

og

Når det gjelder anførselene om at utslippene vil kunne føre til bioakkumulering og skade på sjømat og risiko for mennesker, vil departementet påpeke at avgangsmassene ikke inneholder tungmetaller som vil være biotilgjengelige, og heller ikke prosesskjemikalier som har potensiale for bioakkumulering. Departementet mener derfor det er lite sannsynlig at den planlagte deponeringen vil ha negativ effekt på sjømattryggheten. For å sikre kunnskap som kan bekrefte og dokumentere sjømattrygghet, er det imidlertid stilt vilkår om overvåking av stoffer i aktuelle marine arter og organismer i områdene rundt det planlagte sjødeponiet. Overvåkningsprogrammet som bedriften sender Miljødirektoratet skal forelegges relevante sektormyndigheter.

[...] Påvirkning på naturmangfoldet

Vannforskriften har i vedlegg V punkt 1.2.4 beskrevet hvilke kvalitetselementer som inngår i vurderingen av økologisk tilstand for kystvann, herunder biologiske kvalitetselementer knyttet til planteplankton, makroalger og angiospermer, samt bunnlevende virvelløse dyr.

Det fremgår av Klima og miljødepartementets tillatelse (førsteinstanstillatelsen) fra 5. juni 2015 at det er vurdert at

Tilstanden i vannforekomsten Førdefjorden-ytre vil forringes fra god økologisk tilstand til dårlig tilstand som følge av de fysiske endringene i bunnforholdene.

I Miljødirektoratets brev til Klima- og miljødepartementet av 13. februar 2015 fremgår følgende

Et eventuelt deponi i Førdefjorden vil påvirke naturmangfoldet og økosystemet i fjorden. Et bortfall av store deler av fjordbunnen i et fjordbasseng vil ta bort en vesentlig del av næringsomsetningen og produksjonen i dette området, som er viktige både for kjemiske prosesser og for levende organismer i-, på og over sjøbunnen. Næring i form av døde planter og dyr som faller til bunnen vil ikke bli brutt ned og frigjort til vannmassene for å inngå i kretsløpet igjen, på samme måte som i en frisk og

velfungerende fjord. Bunnfaunaen er et sammensatt system, og undersøkelser viser at den bruker lang tid på å få tilbake sin funksjon ved ødeleggelse. En endret bunnfauna kan derfor endre økosystemets funksjon. Ytre Førdefjord er til nå først og fremst påvirket av enkelte oppdrettsanlegg, båttrafikk og mindre organiske utslipp fra land. Ved etablering av deponi vil det biologiske mangfoldet sannsynligvis endres vesentlig i selve deponiområdet. Hvor stor effekten vil være på økosystemet i fjorden for øvrig er mer usikkert, men vi vurderer at det er liten sannsynlighet for alvorlige eller irreversible effekter for økosystemet i fjorden som helhet.

Det hitsettes videre fra Klima og miljødepartementets tillatelse (førsteinstanstillatelsen) fra 5. juni 2015

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. 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. Det er noe usikkert hvor raskt rekolonisering vil skje, men mesteparten av deponiområdet vil sannsynligvis være rekolonisert innen 10 år. 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. Konsekvensene for livet i fjorden av at vesentlige deler av bunnfaunaen i deponiområdet legges død i deponeringsperioden, må blant annet ses i lys av at deponiet når det avsluttes vil utgjøre ca. 10 % av samlet bunnareal og 40 % av sjøbunnarealet dypere enn 300 meter i vannforekomsten Førdefjorden Ytre.

I brev fra 5. februar 2015 skriver Klima- og miljøverndepartementet:

Miljødirektoratet peker på at det vil være store konsekvenser for økosystemets funksjoner innenfor det planlagte deponiområdet, herunder ødelagt eller endret artssammensetning av fauna. Førdefjorden er likevel ikke antatt å være unik som fjordsystem med hensyn til økosystem og forekomst av arter, siden fjordtypen forekommer også andre steder i regionen. Det ytre fjordbassenget i Førdefjorden har dype områder med sammenhengende geografisk forbindelse til dype områder i andre fjorder i regionen. Departementet har, i likhet med Miljødirektoratet derfor ikke vurdert denne endringen av økosystemet i den berørte delen av fjorden til å være av avgjørende betydning i et nasjonalt eller regionalt perspektiv. For de fleste vanlig forekommende arter og naturtyper vil det ikke være av kritisk betydning for bestanden eller utbredelsen sett i et regionalt eller nasjonalt perspektiv dersom de skulle miste sitt leveområde eller areal i det berørte området i Førdefjorden.

Av Kongelig resolusjon av 19. februar 2016 punkt 3 fremgår at

Klagerne anfører at deponiet vil få konsekvenser for økosystemet og for dypvannsfiskene blålange og pigghå, som vil være i strid med naturmangfoldlovens

bestemmelser om føre-var prinsippet, prinsippet om økosystemtilnærming og samlet belastning og forvaltningsmålet for arter. Departementet viser til den økte kunnskapen om artene gjennom tilleggsundersøkelser og de faglige vurderingene som er fremkommet om virkningene for dypvannsfisk i deponiområdet. Selve deponiet vil ha betydning for artene blålange og pigghå, men det er knyttet noe usikkerhet til konsekvensene. Departementet har i sin tillatelse lagt vekt på at de to artene har leveområder langs store deler av norskekysten. Blålange har flere kjente gytefelt til havs. Dybdeforholdene i det planlagte deponiområdet er ikke unike regionalt, og det antas derfor at det kan eksistere gyteområder for blålange i kystnære områder, men dette har ikke vært undersøkt. På grunnlag av tilleggsundersøkelsene anses det sannsynlig at blålange har gytefelt i den aktuelle delen av Førdefjorden, men dette er ikke bekreftet. Det er knyttet usikkerhet til om blålangen i Førdefjorden utgjør en egen, kystnær bestand, som skiller seg genetisk fra bestanden i havområdene utenfor. Departementet viser også til at artene pigghå og blålange først og fremst er truet av overbeskatning. Departementet mener at det ikke er fare for at forvaltningsmålene i naturmangfoldloven § 5 ikke kan nås.

Departementet vurderer at den grad av usikkerhet som er knyttet til mulige virkninger av tiltaket for artene ikke tilsier at det foreligger fare for vesentlig skade på naturmangfoldet. Dette innebærer at føre var prinsippet ikke skal tillegges særlig vekt når det gjelder blålange og pigghå i denne saken, jf. naturmangfoldloven § 9.

Oppsummert har forvaltningen altså konkludert med at det primært er bløtbunnsfaunaen i deponiområdet som vil påvirkes. Dette som følge av at bunnfaunaen dekkes av avgangsmasser så lenge deponeringen pågår. Når deponeringen stanser, vil det starte en rekolonisering. Bunnfaunaen vil mest sannsynlig komme tilbake innen ti år. Det er da forventet at bunnfaunaen vil være like rik som før deponeringen, men noe annerledes. Førdefjorden er ikke vurdert å være unik som fjordsystem med hensyn til økosystem og forekomst av arter. Det er ikke påvist fare for tungmetaller eller annen forurensning gjennom avgangsmassene. Sannsynligheten for alvorlige og irreversible effekter for økosystemet i Førdefjorden som helhet er vurdert som liten. Det er vurdert å være liten risiko for partikkelspredning i vannmassene, og dermed er også risikoen for merkbare konsekvenser for dyrelivet i høyere vannlag vurdert som minimal. Sannsynligheten for alvorlige eller irreversible skader på marine arter er vurdert som liten.

Etter lagmannsrettens vurdering har ikke miljøorganisasjonene gjennom bevisførselen sannsynliggjort at det er grunn til å fravike de faglige vurderingene forvaltningen har bygget på. De innvendingene og usikkerhetsmomentene som miljøorganisasjonene har trukket frem, er i hovedsak de samme som er gjort gjeldende i de forvaltningsmessige klageprosessene. Miljøorganisasjonenes bevisførsel knytter seg hovedsakelig til vurderinger fra Havforskningsinstituttet. Havforskningsinstituttets vurderinger og innvendinger er løpende vurdert i forbindelse med forvaltningens behandling, og er hensyntatt både ved vurderingen av om tillatelsen skulle gis og på hvilke vilkår. Forvaltningen har i den forbindelse også sett hen til føre-var-prinsippet. Lagmannsretten

bemerket at faglig uenighet ikke innebærer at forvaltningens vurderinger er uforsvarlige eller feil.

Basert på den samlede bevisførselen legger lagmannsretten etter dette til grunn de faglige vurderingene som foreligger knyttet til de miljømessige konsekvensene av sjødeponiet i Førdefjorden. Lagmannsretten bemerker at disse vurderingene i hovedsak bygger på analyser for hele gruven driftsperiode, som er anslått til 39 år. I forføyningsperspektivet må det legges til grunn at miljøkonsekvensene vil være de samme, men i en betydelig mindre skala.

Når det gjelder spørsmålet om omfanget av miljøkonsekvensene i forføyningsperspektivet, er det relevant å se hen til den deponeringen som allerede har skjedd.

Deponeringen skjer ved at avgangsmassene deponeres gjennom et rør med utslippspunkt maksimalt 50 meter over fjordbunnen. Massene sprer seg gradvis og danner etter hvert en svakt kjegleformet avsetning. I startfasen slippes avgangsmassene ut nær fjordveggen slik at kjeglen bygger seg ut derfra. Basert på de faglige vurderingene som redegjort for ovenfor, legger lagmannsretten til grunn at det vil være arealbeslaget på fjordbunnen som vil være av størst betydning for hvordan deponiområdet vil påvirkes.

Kenneth Nakken Angedal, daglig leder i ERG frem til årskiftet 2025/2026 og nåværende styremedlem, har utarbeidet flere notater som redegjør for beregnet omfang av deponeringen. Den sist oppdaterte beregningen er inntatt i notat 21. februar 2026. Per 31. januar 2026 var det deponert om lag 423 300 tonn avgangsmasse. Notatet inneholder beregninger av blant annet arealbeslag per denne datoen, samt prognoser for deponeringsvolum og arealbeslag tre, seks og tolv måneder frem i tid. Tildekket areal etter deponeringen per januar 2026, var etter Angedals beregninger 0,04 kvadratkilometer. Dette tilsvarer 0,14 prosent av arealet i vannforekomsten Ytre Førdefjord. De neste tre, seks og tolv månedene planlegges det deponering av om lag 105 500 tonn avgangsmasser per måned, noe som er beregnet å medføre et arealbeslag på henholdsvis 0,06, 0,07 og 0,09 kvadratkilometer. Dette tilsvarer henholdsvis 0,18, 0,22 og 0,29 prosent av arealet i vannforekomsten. Angedals beregninger er basert på en friksjonsvinkel på kjeglen på 10 grader. I notatet er friksjonsvinkelen beskrevet å være «[...] den bratteste vinkelen der massen forblir stabile».

Det er i tillegg lagt frem bilder av undersjøiske observasjoner og målinger gjennomført i desember 2025. Partene er uenige om hva som kan leses ut av disse. Miljøorganisasjonene har pekt på at deponihaugen ligger på en skrånende fjordbunn, og at dette medfører en usikkerhet knyttet til hvor stor spredningen av avgangsmassene vil bli. I følge miljøorganisasjonene viser de fremlagte bildene at deponiet allerede har en flatere profil enn forutsatt i notatene Angedal har utarbeidet, og at Angedals prognoser dermed er for optimistiske. Angedal ga i sin vitneforklaring uttrykk for at de undersjøiske målingene viser

en friksjonsvinkel på nåværende deponi på ca. 11 grader, noe som underbygger at vinkelen som er brukt i beregningene er konservativ. Angedal forklarte videre at han i de oppdaterte beregningene fra februar 2026, også har tatt hensyn til at fjordbunnen heller noe ved utslippspunktet.

Etter lagmannsrettens vurdering må det uavhengig av om det tas utgangspunkt i Angedals beregninger eller det tas høyde for at avgangsmassene vil spres noe mer utover, uansett legges til grunn at miljøpåvirkningen av deponeringen i forføyningsspektivet vil være avgrenset og lokal. Det vil for det første være snakk om et betydelig mindre arealbeslag enn det som ble lagt til grunn for utslippstillatelsen. Da utslippstillatelsen ble gitt, var det basert på et arealbeslag på ca. 3 kvadratkilometer.

Lagmannsretten viser videre til undersøkelser som er gjort av deponiområdet så langt. Det foretas løpende overvåkning, rapportering og kontroll av området. DNV er ansvarlig for gjennomføringen av overvåkningsprogrammet. Prosjektleder for overvåkingen, Tor Jensen, har i notat 16. februar 2026 redegjort for undersøkelsene som ble gjennomført i 2025. I notatet fremgår blant annet:

Etter oppstart av deponering (pr september 2025) er det liten forskjell i bløtbunnsamfunn sammenlignet med hvordan det var før oppstart [...]. Det er et lite område hvor det er mulig å se en påvirkning på bløtbunnsamfunnet, og da først og fremst på stasjonene som ligger innenfor 350m fra utslippspunktet. På disse stasjonene ser man også begynnelsen på små endringer i funksjonene dette bunndyrssamfunnet har. Andelen «permanente rørbyggere» har gått noe ned, mens «overflate aktive» har økt. For andre stasjoner, som ligger mellom 650m og 1100m fra utslippspunktet, er det minimal endring, både i forhold til indekser og funksjon. Selv om en kan se en endring på to av stasjonene, får alle de undersøkte stasjonene enten «svært god» eller «gode» tilstandsklasser, med mellom 31 til 54 arter påvist per grabbprøve.

Basert på det ovenstående er det etter lagmannsrettens syn ikke sannsynliggjort at den påvirkningen deponeringen vil ha på miljøet i et forføyningsspektiv, vil være av et slikt omfang at det kan karakteriseres som en vesentlig skade i tvistelovens forstand.

Lagmannsretten kan ikke se at det forhold at eventuelle brudd på forurensningsloven kan straffesanksjoneres, kan medføre et annet resultat. Slik lagmannsretten ser det, er det de faktiske konsekvensene av eventuelle regelbrudd som må begrunne sikringsgrunn. I dette tilfellet har lagmannsretten ikke funnet det sannsynliggjort at fortsatt deponering uten gyldig tillatelse, vil innebære at det i et forføyningsspektiv vil inntreffe en vesentlig miljøskade som kan begrunne sikringsgrunn.

Heller ikke miljøorganisasjonenes anførsel knyttet til den EØS-rettslige reparasjonsplikten kan medføre et annet resultat. Selv om lagmannsretten etter den prejudisielle vurderingen har kommet til at utslippstillatelsen er gitt i strid med vanddirektivet, kan ikke

lagmannsretten se at dette kan medføre at det lempes på kravet til sikringsgrunn. Lagmannsretten viser til HR-2025-667-A, som omtalt i punkt 3.1.2. Slik lagmannsretten tolker avgjørelsen, får reparasjonsplikten først betydning dersom alle grunnvilkårene for midlertidig forføyning – det vil si hovedkrav, sikringsgrunn og forholdsmessighet – er oppfylt, jf. særlig avsnitt 46, 58 og 60. Under forutsetning av at disse tre vilkårene er oppfylt, får reparasjonsplikten betydning i den forstand at domstolen da må benytte «kan»-skjønnets i tvisteloven § 34-1 første ledd til å vedta en midlertidig forføyning, jf. avsnitt 46 og 60.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at miljøorganisasjonene ikke har sannsynliggjort at det er nødvendig med en midlertidig forføyning for å avverge en «vesentlig skade». Det foreligger etter dette ikke sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b.

3.3.2. *Tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a*

Etter denne bestemmelsen foreligger sikringsgrunn når «saksøktens adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort».

Sikringsgrunnen i bokstav a er ifølge lovforarbeidene særlig aktuell når det skal reageres mot rettsstridige handlinger fra motpartens side, jf. Ot.prp.nr.65 (1990–1991) side 292, hvor det også nevnes følgende eksempler:

Det er bokstav a som først og fremst er aktuell når det skal reageres mot en rettsstridig handling fra motpartens side, f.eks mot en som står i ferd med rettsstridig å oppføre eller rive en bygning, mot en som står i ferd med å selge et formuesgode uten å ha rett til det, mot krenkelse av personvernet i litteratur, film o l, mot ulovlig inngåelse av ekteskap, mot iverksettelse av et ugyldig forvaltningsvedtak osv. Her vil forføyningen gjerne gå ut på et pålegg til den saksøkte om å unnlate vedkommende handling.

Sikringsgrunnen er knyttet til en «sikring av kravet», det vil si hovedkravet. Ettersom forføyningen bare skal sikre kravet, kan den ikke innebære en foregrepet oppfyllelse av kravet, jf. HR-2009-358-U med videre henvisning til HR-1998-46-K, og Flock side 98–100.

Miljøorganisasjonenes hovedkrav er som nevnt formulert som at ERG ikke har rett til å deponere gruveavfall i Førdefjorden. Som grunnlag for kravet er det anført at utslippstillatelsen ERG deponerer i medhold av, er ugyldig. Påstanden i forføyningssaken er at ERG pålegges å stanse deponering av gruveavfall i Førdefjorden.

Miljøorganisasjonene har gjort gjeldende at et pålegg om å stanse deponering ikke vil innebære en foregrepet oppfyllelse av hovedkravet. Det er vist til at det som skal sikres i denne saken, er samfunnets underliggende rett på at forurensningsforbudet ikke krenkes.

Det er riktig at det i noen tilfeller må gjøres en nærmere analyse av hva det kravet som skal sikres, egentlig går ut på, jf. blant annet Flock side 99 hvor det fremgår:

I og med at en forføyning etter bokstav a bare skal sikre og ikke foregripe oppfyllelsen av hovedkravet, blir man fra tid til annen tvunget til en nærmere analyse av hva dette kravet egentlig går ut på. Dette kan illustreres ved det som fremstår som skoleeksemplet på en midlertidig forføyning: Saksøkeren mener å ha rett til adkomst over en naboeiendom fra offentlig vei og frem til egen eiendom. En dag har naboen sperret veien ved fysiske inngrep. Her vil den midlertidige forføyningen som peker seg ut, være at naboen pålegges å fjerne sperringen. Dersom hovedkravet også går ut på det samme, er bokstav a ikke anvendelig.

I dette eksemplet har tvisten sin bakgrunn i en ulik oppfatning om den rett til adkomst som saksøkeren mener å ha. Det er tale om en rettighet som om nødvendig kan bli slått fast i en fastsettelsesdom om at saksøkeren har rett til adkomst. Hvis naboen ikke oppfyller sin plikt, slik som i eksemplet, kan saksøkeren også fremsette – og få dom for – et krav om at naboen fjerner sperringen. Bedømt i forhold til den «sikring av kravet» som bokstav a gir adgang til, er det likevel det underliggende krav om uhindret adkomst basert på veiretten som i denne sammenheng er det hovedkrav som skal sikres.

Flock berører også temaet på side 116–117, hvor krav om midlertidig forføyning for stans i byggearbeider omtales:

Hvis det er aktuelt å begjære stans i byggearbeider, vil den typiske situasjon være at eieren av en naboeiendom, saksøkeren, mener å ha en rett som setter grenser for hvorledes saksøktes eiendom kan bebygges. Grunnlaget for denne retten er ofte en negativ servitutt, f.eks. en «villaklausul». Hovedkravet kan også være basert på bestemmelser i naboloven eller på den omstendighet at de aktuelle arbeider hevdes å være i strid med reguleringsplaner/bestemmelser eller andre offentlige krav. Vurderingen av om hovedkravet er sannsynliggjort vil dermed ofte innebære en nærmere gjennomgang av rekkevidden av den klausul eller det offentlige regelverk som påberopes, sammenholdt med planene for de grunnarbeider eller den bebyggelse som fryktes påbegynt eller gjennomført.

[...]

Dersom hovedkravet finnes sannsynliggjort, vil det i disse tilfellene normalt også være sannsynliggjort en sikringsgrunn etter § 34-1(1) bokstav a eller b. [...] Hovedkravet vil i mange tilfeller være saksøkerens krav om at det ikke blir utført byggearbeider på saksøktes eiendom. Det betyr at også tvl. § 34-1(1) bokstav a kan anvendes som sikringsgrunn, idet den normale forføyningen – stans i arbeidene – ikke vil være noen foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet. Se nærmere om dette ovenfor i avsnitt 3.4.3 og kjennelsen i Rt. 2003 side 1165,

som også har interesse ved midlertidige forføyninger om byggestans. Dette innebærer at bokstav a regelmessig vil være et aktuelt alternativ.

Lagmannsretten viser videre til HR-2003-1013, hvor en saksøker hevdet å ha opphavsrett til oversettelse av en bok som et forlag hadde utgitt. Saksøkeren krevde midlertidig forføyning for å få stanset distribusjonen av boken og tilbakekalt eksemplarer som allerede var spredt til distributører og bokhandlere. Påstanden i hovedsaken var formulert som et krav om stans av distribusjon og tilbakekall. Lagmannsrettens flertall hadde lagt til grunn at sikringsgrunnalternativet i bokstav a ikke kunne anvendes «ettersom saksøkerens påstand i realiteten innebærer en forhåndsfullbyrdelse av hovedkravet». Høyesterett var imidlertid enig med lagmannsrettens mindretall i at det var det underliggende kravet om opphavsrett til oversettelsen, som var hovedkravet som skulle sikres.

Uttalelsene i forarbeidene og juridisk litteratur som redegjort for i det ovenstående, underbygger at tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a kan hjemle midlertidig forføyning mot et påstått ugyldig forvaltningsvedtak og atferd som er i strid med offentligrettslige krav. Etter lagmannsrettens vurdering må det samme gjelde når en virksomhet som i saken her, utøves i kraft av en utslippstillatelse som prejudisielt vurdert er ugyldig.

ERG har anført at verken miljøet eller miljøorganisasjonene kan anses direkte tilgodesett som rettighetshavere etter miljørettslige regler, og at det derfor er en forskjell på saken her og saker hvor det er snakk om løpende krenkelses av for eksempel opphavsrett eller en nabos rett basert på negativ servitutt, naboloven eller plan- og bygningsloven. Det er i den forbindelse vist til Inge Lorange Backer, Innføring i naturressurs og miljørett (2012), side 332. Det Backer skriver om, gjelder formuleringen «direkte tilgodeser» i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a. Lagmannsretten kan ikke se at det har relevans for tolkningen og anvendelsen av tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det basert på de øvrige rettskildene som redegjort for ovenfor, er grunnlag for en slik grensedragning mellom allmenninteresser og privatinteresser som ERG anfører.

Lagmannsretten finner tvert imot støtte for at tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a kan hjemle midlertidig forføyning for å sikre samfunnet mot naturinngrep, i Inge Lorange Backer, Domstolsbeskyttelse mot naturinngrep – midlertidige forføyninger etter norsk rett, side 37, hvor det fremgår:

Det ene alternativet er at saksøktets atferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort. Dette alternativet kan lett være oppfylt i miljø saker hvor miljøinteresserte krever forføyning, siden et naturinngrep ofte vil være irreversibelt og en forurensningsskade vanskelig å avbøte. [...]

Etter lagmannsrettens oppfatning må det etter dette legges til grunn at det kravet som kreves sikret i denne saken, er samfunnets underliggende rett på at forurensningsforbudet ikke krenkes. Dette innebærer at miljøorganisasjonenes påstand ikke kan anses å innebære en foregrepet oppfyllelse av hovedkravet.

Spørsmålet er da om ERGs adferd gjør det «nødvendig» å stanse deponering av gruveavfall i Førdefjorden «fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort».

Terskelen «vesentlig vanskeliggjort» er omtalt slik i Tore Schei mfl., Tvisteloven: Kommentartutgave, § 34-1 note 6, Juridika, revidert 1. september 2025:

Det går neppe an å kvalifisere særlig mer presist hva som ligger i vilkåret om vesentlig vanskeliggjøring av forfølgningen eller gjennomføring av kravet. I alle fall ligger i dette at det må dreie seg om mer enn en bagatellmessig endring. [...]

Etter lagmannsrettens syn er det ikke sannsynliggjort at forfølgningen eller gjennomføringen av miljøorganisasjonenes krav vil bli «vesentlig» vanskeliggjort dersom ERG ikke pålegges å stanse deponeringen nå. Lagmannsretten finner det i hovedsak tilstrekkelig å vise til det faktum lagmannsretten har lagt til grunn når det gjelder miljøpåvirkningen i forføyningsperspektivet ved drøftelsen av sikringsgrunnalternativt i tvisteloven § 34-1 bokstav b ovenfor. Hovedkravet, som er basert på den påstått ugyldige utslippstillatelsen, gjelder hele gruvens driftsperiode anslått til 39 år. Miljøpåvirkningen av deponeringen i forføyningsperspektivet vil imidlertid være svært beskjeden, jf. drøftelsen i punkt 3.3.1. Når deponeringen stanser, vil det starte en rekolonisering og bunnfaunaen vil mest sannsynlig komme tilbake innen ti år. Slik lagmannsretten ser det vil en fortsatt deponering frem til hovedkravet er avgjort, ikke medføre et irreversibelt naturinngrep eller en forurensningsskade som er vanskelig å avbøte. Forfølgningen eller gjennomføringen av kravet kan dermed ikke anses å bli «vesentlig vanskeliggjort» uten en midlertidig forføyning. Et pålegg om at ERG stanser deponeringen er derfor heller ikke «nødvendig».

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at miljøorganisasjonene ikke har sannsynliggjort at det foreligger sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a.

3.3.3. Oppsummering – sikringsgrunn

På bakgrunn av det ovenstående konkluderer lagmannsretten med at miljøorganisasjonene ikke har sannsynliggjort at det foreligger sikringsgrunn verken etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a eller bokstav b.

3.4. Oppsummering og konklusjon

Lagmannsretten har etter dette kommet til at miljøorganisasjonene har sannsynliggjort sitt hovedkrav, men ingen sikringsgrunn. Sannsynliggjøring av sikringsgrunn er et vilkår for å kunne få en midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Når dette vilkåret ikke er oppfylt, kan kravet om midlertidig forføyning ikke føre frem.

Det er etter dette ikke nødvendig for lagmannsretten å gå inn på forholdsmessighetsvurderingen etter tvisteloven § 34-1 andre ledd.

Anken har ikke ført frem, og skal forkastes, jf. tvisteloven § 29-23 andre ledd.

4. Sakskostnader

4.1. Sakskostnader for lagmannsretten

ERG har vunnet saken for lagmannsretten, og har da i utgangspunktet krav på å få erstattet nødvendige kostnader ved saken fra miljøorganisasjonene, jf. hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første og andre ledd, jf. § 20-5 første ledd første punktum.

Ved vurderingen av hva som er «nødvendige kostnader ved saken», legges det etter tvisteloven § 20-5 første ledd andre punktum vekt på om det «ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem». Dette innebærer at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering, jf. HR-2020-611-A avsnitt 67. Det er de totale kostnadene som må vurderes opp mot proporsjonalitetsbegrensningen, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 22. I forarbeidene til tvisteloven ble det gitt klare signaler om at kostnadsnivået i sivile saker skulle reduseres, og at domstolene skulle ha en langt mer sentral rolle med å styre kostnadsnivået, jf. Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 51–59.

Advokat Farhang har lagt frem sakskostnadsoppgave hvor det er krevd dekket sakskostnader for lagmannsretten med totalt 4 034 159 kroner. Det er opplyst at ERG har fradragsrett for merverdiavgift og at kravet derfor ikke omfatter merverdiavgift. Sakskostnadskravet fordeler seg med 3 819 713 kroner i salærkostnader, 130 618 kroner til dekning av utgifter til sakkyndig vitne og 83 828 kroner i reise- og oppholdsutgifter. Salærkravet er oppgitt å skulle dekke 796,25 timers arbeid med en gjennomsnittlig timepris på 4 797 kroner. Miljøorganisasjonene har fremsatt innsigelser mot salærkravet.

Saken er omfattende. Det er en svært omfattende dokumentmengde og det har vært gjennomført muntlig forhandling over fem fulle dager. Saken har også et internasjonalt tilsnitt som har gjort det nødvendig med gjennomgang av EØS- og EU-rettslige kilder. Videre må saken anses å ha stor betydning for ERG. Det er ikke tvilsomt at en midlertidig

forføyning med pålegg om å stanse deponering av gruveavfall i Førdefjorden, ville medført driftsstans og store tilhørende negative konsekvenser for ERG. Disse forholdene tilsier at det har vært nødvendig å nedlegge et stort arbeid for å ivareta ERGs interesser på en forsvarlig måte.

Lagmannsretten kan likevel ikke se at det kan forsvare et slikt salærkrav som er gjort gjeldende på vegne av ERG. Begrunnelsen for dette er sammensatt.

Det er krevd salær for totalt 676,25 timers arbeid frem til den muntlige forhandlingen og 120 timer i forbindelse med den muntlige forhandlingen. Arbeidet frem til den muntlige forhandlingen fordeler seg med 48,75 timer frem til inngivelse av den særskilte sakskostnadsanken, 141,75 timer frem til inngivelse av anketilsvaret og 485,75 timer til skriftlig saksforberedelse og forberedelse til muntlig forhandling. Av sakskostnadsoppgaven fremgår at i alt seks advokater har utført arbeid i saken, hvorav mesteparten har vært utført av advokatene Farhang, Poulsson og Kildahl. Advokat Farhang var prosessfullmektig i tingretten og har vært oppgitt som prosessfullmektig i lagmannsretten. Advokat Poulsson trådte inn som prosessfullmektig ved siden av advokat Farhang kort før den muntlige forhandlingen grunnet sykdom hos sistnevnte. Advokat Kildahl var rettslig medhjelper i tingretten og har vært det under hele behandlingen i lagmannsretten. Timeantallet i forbindelse med den muntlige forhandlingen fordeler seg med 40 timer på hver av de tre advokatene.

Når det gjelder arbeidet med anketilsvaret og forberedelsen til den muntlige forhandlingen i lagmannsretten, viser lagmannsretten til at saken i stor grad står i samme faktiske og juridiske stilling som for tingretten. Anførselen om sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a er riktignok ny for lagmannsretten. Dette har imidlertid ikke utgjort en stor del av saken. Det arbeidet som ble nedlagt av advokat Farhang og advokat Kildahl i tingretten, må derfor i betydelig grad kunne forventes gjenbrukt under ankebehandlingen, jf. eksempelvis HR-2020-611-A avsnitt 69. Lagmannsretten er ikke uenig med ERG i at det har vært nødvendig for deres advokater å bruke en god del tid på hovedkravet, ettersom ERG ikke er part i gyldighetssaken mellom miljøorganisasjonene og staten. Dette er imidlertid i stor grad hensyntatt under utmålingen av sakskostnadene for tingretten, jf. nedenfor.

Lagmannsretten viser i tillegg til at hva som er rimelig timebruk må ses i sammenheng med den timepris som kreves erstattet, jf. eksempelvis HR-2020-611-A avsnitt 73. Advokatene krever en relativt høy timepris og det må følgelig stilles krav til at oppdraget utføres effektivt. Dette underbygger at det samlede krevde timeantallet er høyere enn hva som er rimelig og nødvendig.

Når det særlig gjelder advokat Poulssons inntreden som prosessfullmektig, har lagmannsretten forståelse for at det oppstod et slikt behov grunnet sykdom. Etter

lagmannsrettens syn er det imidlertid ikke rimelig å velte risikoen over på motparten. Dette gjør seg gjeldende for advokat Poulssons timebruk under saksforberedelsen. Det gjør seg også gjeldende for den samlede timebruken under den muntlige forhandlingen. Selv om advokatene Poulsson, Kildahl og til en viss grad Farhang, fordelte arbeidet under den muntlige forhandlingen mellom seg, kan det ikke anses nødvendig og rimelig at tre advokater skal kunne kreve full dekning for alle fem dagene.

På bakgrunn av ovenstående er lagmannsretten etter en samlet vurdering av den oppfatning at nødvendige kostnader til dekning av salær må fastsettes til 2 300 000 kroner, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Dette bygger på at det var nødvendig å bruke omkring 480 timer til den oppgitte gjennomsnittlige timeprisen på 4 797 kroner.

De krevde utgiftene til dekning av sakkyndig vitne og reise- og oppholdsutgifter anses som nødvendige kostnader ved saken, og kommer i tillegg til salæret, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Nødvendige saks kostnader for lagmannsretten utgjør etter dette totalt 2 514 446 kroner.

Miljøorganisasjonene har gjort gjeldende at de må fritas for saks kostnadsansvar i medhold av tvisteloven § 20-2 tredje ledd og/eller Århuskonvensjonen artikkel 9, jf. tvisteloven § 1-2.

Etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd kan den tapende part fritas for erstatningsansvaret, helt eller delvis, dersom «tungtveiende grunner gjør det rimelig». Bestemmelsens bokstaver a til c angir følgende momenter som det særlig skal legges vekt på ved vurderingen:

- a. om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget,
- b. om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud, eller
- c. om saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak.

Momentlisten er ikke uttømmende. Oppfyllelse av ett eller flere av momentene, er heller ikke i seg selv nok til å fravike hovedregelen. Den overordnede normen er om «tungtveiende grunner gjør det rimelig» å fritas fra saks kostnadsansvar, jf. HR-2011-983-U avsnitt 20.

Århuskonvensjonen ble ratifisert av Norge 28. mars 2003. Konvensjonen er ikke gjort til norsk lov direkte, men er gjennomført i norsk rett gjennom andre lover. I Ot.prp.nr.116 (2001–2002) om miljøinformasjonsloven vurderte Miljøverndepartementet om

Århuskonvensjonen krevde endringer i sakskostnadsreglene i daværende tvistemålslov. Om dette uttalte departementet følgende i punkt 18.6.1:

Departementet viser til at ingen av høringsinstansene har hatt innvendinger til standpunktene i høringsnotatet om at det generelle omkostningsnivået ved føring av saker for domstolene i Norge ikke er i strid med Århuskonvensjonen artikkel 9, og at saksomkostningsreglene i tvistemålsloven §§ 172 følgende og tvangsfullbyrdelsesloven §§ 3-1, 3-2 og 3-4 gir rom for en praksis som er forenlig med konvensjonen.

Departementet opprettholder standpunktet fra høringsnotatet om at det verken er nødvendig eller hensiktsmessig med lovendringer på disse punkter nå.

Etter presumsjonsprinsippet skal norsk rett så langt det er mulig tolkes i samsvar med konvensjonen. Lagmannsretten viser videre til tvisteloven § 1-2 hvor det fremgår at loven gjelder med de begrensninger som «[...] følger av overenskomst med fremmed stat».

ERG har ikke bestridt at saken faller inn under Århuskonvensjonens anvendelsesområde. Lagmannsretten er også enig i dette og legger det til grunn.

Århuskonvensjonen omhandler tilgang til miljøinformasjon, allmenn deltakelse i beslutningsprosesser og tilgang til rettsmidler i saker vedrørende miljø. Konvensjonens artikkel 9 regulerer adgangen til overprøving. Artikkel 9 nr. 3 gir allmennheten rett til tilgang til rettslige og administrative prosedyrer for å bestride brudd på miljølovgivningen. Rettighetene gjelder også når krav fremmes mot private parter. Artikkel 9 nr. 4 skal sikre at allmennheten har en reell mulighet til å benytte seg av rettighetene etter artikkel 9 nr. 3, og lyder slik:

I tillegg, og uten å berøre nummer 1 ovenfor, skal prosedyrene nevnt i nummer 1, 2 og 3 ovenfor sikre tilfredsstillende og effektive virkemidler, herunder midlertidige forføyninger når dette kan være påkrevet, som skal være rettferdige, komme til rett tid og ikke være uoverkommelig dyre. Avgjørelser i medhold av denne artikkel skal formidles eller nedtegnes skriftlig. Avgjørelser truffet av domstoler, og av andre organer når det er mulig, skal være allment tilgjengelige.

Århuskonvensjonen innebærer altså at saker for domstolene som omhandler spørsmål om brudd på miljølovgivningen, ikke skal være «uoverkommelig dyre». I den autentiske engelske språkversjonen benyttes uttrykket «not prohibitively expensive».

Det følger av praksis fra EU-domstolen at det etter Århuskonvensjonen artikkel 9 nr. 4 skal gjøres en helhetsvurdering av om kostnadene ved en domstolsprosess er «uoverkommelig dyre». I vurderingen inngår både subjektive og objektive elementer. Sakskostnadene kan ikke overstige den berørtes økonomiske evne (subjektiv vurdering) eller fremstå som objektivt urimelig. I vurderingen kan det ses hen til de konkrete partenes situasjon, om

saksøkeren hadde rimelige utsikter til å vinne frem, sakens betydning for saksøkeren og miljøsaken, sakens kompleksitet både med hensyn til rettslige og faktiske spørsmål, i hvilken grad saken fremstår som dumdrstig på sine ulike stadier og om nasjonal rett har en rettshjelpsordning eller beskyttelsesordning for sakskostnader. Lagmannsretten viser til C-260/11 avsnitt 39–49 og C-252/22 avsnitt 73–75.

Lagmannsretten legger til grunn at unntaksregelen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd i mange tilfeller gir fleksible og hensiktsmessige rammer for å komme frem til rimelige avgjørelser om kostnader i miljø saker som er forenlig med Århuskonvensjonen, jf. blant annet Ot.prp.nr.116 (2001–2002) punkt 18.6.1 og LF-2021-101193.

Slik denne saken ligger an er lagmannsretten imidlertid av den oppfatning at det ikke er grunnlag for fritak for sakskostnadsansvar – verken helt eller delvis – etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd, men at sakskostnadsansvaret likevel må reduseres i medhold av Århuskonvensjonen artikkel 9 nr. 4, jf. tvisteloven § 1-2.

Ved vurderingen etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd har lagmannsretten tatt utgangspunkt i at saken gjelder miljøspørsmål av stor samfunnsmessig betydning. Miljøorganisasjonene er ideelle medlemsorganisasjoner som har fremmet krav om midlertidig forføyning for ivaretagelse av allmenhetens interesser innenfor organisasjonenes formål og naturlige virkeområde, jf. tvisteloven § 1-4. Det er en ujevnhet i styrkeforholdet mellom miljøorganisasjonene og ERG, som er et stort, ressurssterkt selskap, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav c. Lagmannsretten bemerker likevel at ulikheten i styrkeforholdet ikke kan anses å være av samme karakter som om motparten hadde vært staten, slik det ofte er i saker som har sin bakgrunn i forvaltningsavgjørelser som innebærer inngrep i miljøet. Sakens velferdsmessige betydning og styrkeforholdet mellom partene er uansett ikke en tilstrekkelig begrunnelse for å frita den tapende part for ansvar, jf. eksempelvis HR-2012-308-U avsnitt 17.

Etter lagmannsrettens vurdering kan miljøorganisasjonene ikke sies å ha hatt god grunn til å få saken prøvd verken fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a. Lagmannsretten har ikke vært i tvil om resultatet. Det er spørsmålet om miljøpåvirkningen som har vært avgjørende for sakens utfall. Saken har vært til behandling i forvaltningen i en årrekke og miljøkonsekvensene av tiltaket har stått sentralt. Ved forvaltningens behandling av saken har miljøorganisasjonene i stor utstrekning vært aktive i høringer om planprogram, utredninger og tilleggsutredninger. Miljøorganisasjonene har påklaget og begjært omgjøring av en rekke av forvaltningens vedtak. Forvaltningens vurdering har gjennomgående vært at sannsynligheten for alvorlig og irreversibel skade på marine arter i Førdefjorden er liten.

ERG kan heller ikke bebreides at det kom til sak, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav b. Bakgrunnen for forføyningssaken er i hovedsak knyttet til at miljøorganisasjonene mener at staten misligholder sine EØS-rettslige forpliktelser.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det gjør seg gjeldende andre tilleggsmomenter som med tilstrekkelig tyngde taler for anvendelse av unntaksregelen. De eventuelle prinsipielle spørsmålene som kan tenkes å knytte seg til hovedkravet, er allerede tema i gyldighetssaken som skal behandles i Høyesterett om kort tid. Forføyningssaken har riktignok reist spørsmål om anvendelse av tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a i miljø saker. Selv om det synes å være lite rettspraksis knyttet til dette sikringsgrunnalternativet i miljø saker, kan lagmannsretten ikke se at spørsmålene som har vært reist i saken er av en slik prinsipiell karakter at det i den samlede vurderingen kan tillegges særskilt vekt.

Etter en samlet helhetsvurdering på bakgrunn av det ovenstående kan lagmannsretten ikke se at det foreligger «tungtveiende grunner» som «gjør det rimelig» å frita miljøorganisasjonene helt eller delvis for erstatningsansvaret i medhold av tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Lagmannsretten er imidlertid av den oppfatning at kostnadene i denne saken etter en helhetsvurdering må anses som «uoverkommelig dyre» etter Århuskonvensjonen artikkel 9 nr. 4.

I helhetsvurderingen har lagmannsretten blant annet sett hen til at miljøorganisasjonene er ideelle medlemsorganisasjoner som i stor grad finansieres av medlemsinntekter og innsamlede midler.

Videre har lagmannsretten sett hen til sakens betydning for miljøorganisasjonene og miljøet. Saken omhandler som nevnt miljøspørsmål av stor samfunnsmessig betydning og miljøorganisasjonene har fremmet krav om midlertidig forføyning for ivaretagelse av allmenhetens interesser innenfor organisasjonenes formål og naturlige virkeområde.

Det vises også til at forføyningssaken ikke fremstår forhastet. Den bygger på avklaringer fra EFTA-domstolen og Borgarting lagmannsrett i gyldighetssaken. Lagmannsretten har ikke vært i tvil når den har funnet hovedkravet i forføyningssaken sannsynliggjort. Lagmannsretten peker i tillegg på at både ERG og staten har vært av den oppfatning at selv om Høyesterett skulle forkaste anken i gyldighetssaken, vil ERG lovlig kunne utøve sine rettigheter etter utslippstillatelsen frem til den eventuelt trekkes tilbake av forvaltningen. Dette spørsmålet har vært et av de sentrale temaene miljøorganisasjonene har ønsket avklart i forføyningssaken. Miljøorganisasjonene har i denne sammenhengen vist til Fosen-saken, hvor Høyesterett kom til at Olje- og energidepartementets konsesjons- og ekspropriasjonsvedtak i forbindelse med vindkraftutbygging på Fosenhalvøya var ugyldige

(HR-2021-1975-S), og den lange tiden som gikk uten at staten tok initiativ til å søke å følge opp dommen. Med et slikt bakteppe kan lagmannsretten ikke se at forføyningssaken fremstår verken forhastet eller helt ugrunnet.

Lagmannsretten har hensyntatt at motparten er et privat selskap, men kan ikke se at det kan få avgjørende betydning i helhetsvurderingen.

Etter en samlet helhetsvurdering på bakgrunn av det ovenstående er lagmannsretten kommet til at miljøorganisasjonenes sakskostnadsansvar må reduseres med om lag femti prosent fra 2 514 446 kroner til 1 250 000 kroner, jf. Århuskonvensjonen artikkel 9 nr. 4, jf. tvisteloven § 1-2.

Hva gjelder miljøorganisasjonenes anførsel om at lagmannsretten bør etablere en generell objektiv øvre grense på 250 000 kroner for sakskostnadsansvar i miljøsaker, finner lagmannsretten det tilstrekkelig å vise til at dette må anses å være en lovgiveroppgave.

Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom dømmes etter dette til å erstatte ERGs sakskostnader for lagmannsretten med 1 250 000 kroner. Organisasjonene hefter felles for beløpet, jf. tvisteloven § 20-6 andre ledd.

Partshjelper staten har ikke krevd seg tilkjent sakskostnader.

4.2. Sakskostnader for tingretten

Alle parter har angrepet tingrettens sakskostnadsavgjørelse. Lagmannsretten har full prøvingskompetanse og legger sitt resultat til grunn for prøvingen, jf. tvisteloven § 20-9 første og andre ledd.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å endre tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Anken er forkastet, og ERG anses dermed for å ha vunnet saken for tingretten. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det krevde beløpet på 4 709 306,20 kroner, etter en samlet vurdering, må anses som rimelig og nødvendig for en forsvarlig ivaretagelse av ERGs interesser i saken, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Lagmannsretten finner det i hovedsak tilstrekkelig å vise til tingrettens begrunnelse, som tiltres. I tillegg tilføyes at en stor del av saken knyttet seg til hovedkravet og den prejudisielle vurderingen av gyldigheten av utslippstillatelsen. Ettersom ERG ikke er part i gyldighetssaken mellom miljøorganisasjonene og staten, har det vært nødvendig for ERGs advokater å bruke en del tid i forføyningssaken på å sette seg inn i denne delen av sakskomplekset.

Lagmannsretten er videre enig med tingretten i at miljøorganisasjonenes sakskostnadsansvar må reduseres til 2 500 000 kroner. Lagmannsretten viser til

vurderingene ovenfor ved avgjørelsen av sakskostnadsspørsmålet i ankeomgangen, som gjør seg gjeldende på samme måte ved avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten. Lagmannsretten kan heller ikke se at det er grunnlag for fullt fritak eller for å redusere ansvaret ytterligere, verken i medhold av tvisteloven § 20-2 tredje ledd eller Århuskonvensjonen artikkel 9 nr. 4.

Det gjøres etter dette ingen endringer i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom, én for begge og begge for én, 1 250 000 – enmilliontohundreogfemtusen – kroner til Engebø Rutile and Garnet AS. Beløpet forfaller til betaling 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.
3. Det gjøres ingen endringer i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Arild Oma

Rune Voll

Wiggo Storhaug Larssen

Dokument i samsvar med undertegnet original.

Nimra Smehaug